

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 07.09.2020 με την εξής σύνθεση:
Μαρία-Ελένη Σιδέρη Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Σταυρούλα Κουρή και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 30.07.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1029/31.07.2020 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «....» και τον διακριτικό τίτλο «....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της [εφεξής αναθέτων φορέας].

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία-Ελένη Σιδέρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, η προσφεύγουσα, με την Προδικαστική Προσφυγή της, επιδιώκει την ακύρωση της με αριθ. 3770/10.07.2020 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα κατά το μέρος που με αυτήν καταπίπτει η εγγύηση συμμετοχής της, στο πλαίσιο της υπ' αριθμ. Διακήρυξης με αντικείμενο την «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΗΛΕΚΤΡΟΚΙΝΗΣΗΣ, ΣΗΜΑΤΟΔΟΤΗΣΗΣ – ΤΗΛΕΔΙΟΙΚΗΣΗΣ ΚΑΙ ETCS L1 ΤΗΣ ΥΦΙΣΤΑΜΕΝΗΣ ΜΟΝΗΣ ΣΙΔΗΡΟΔΡΟΜΙΚΗΣ ΓΡΑΜΜΗΣ».

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. Διακήρυξη του αναθέτοντος φορέα προκηρύχθηκε δημόσιος, ανοικτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων με αντικείμενο την «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΗΛΕΚΤΡΟΚΙΝΗΣΗΣ, ΣΗΜΑΤΟΔΟΤΗΣΗΣ – ΤΗΛΕΔΙΟΙΚΗΣΗΣ ΚΑΙ ETCS L1 ΤΗΣ ΥΦΙΣΤΑΜΕΝΗΣ ΜΟΝΗΣ

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

ΣΙΔΗΡΟΔΡΟΜΙΚΗΣ ΓΡΑΜΜΗΣ», με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει μόνο τιμής (χαμηλότερη τιμή), συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας ποσού 43.684.474,77 €, χωρίς ΦΠΑ και χωρίς αναθεώρηση. Καταληκτική ημερομηνία ηλεκτρονικής υποβολής των προσφορών είχε οριστεί η 11^η Οκτωβρίου 2018. Η διακήρυξη απεστάλη προς δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. στις 18.08.2018, αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 31.08.2018 και στην διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 31.08.2018, όπου έλαβε τον αριθμό συστήματος:

Στον διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά η προσφεύγουσα και άλλοι τρεις (3) φορείς, δηλαδή η ένωση εταιρειών «...», η ανώνυμη εταιρία «...» και η κοινοπραξία «...». Κατά το στάδιο αξιολόγησης των προσφορών, με την αρ. πρωτ. εξ. 12969/20.11.2018 και υπ' αρ. 3564 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα, εγκρίθηκε το 1^ο Πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού και κρίθηκε παραδεκτή η προσφορά της προσφεύγουσας, η οποία αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος. Εν συνεχεία, εκδόθηκε η με αριθ. 3636/02.07.2019 απόφαση της με την οποία κρίθηκε ότι, πριν την έγκριση του 2^{ου} Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού και την κατακύρωση του αποτελέσματος αυτού, θα πρέπει να κληθεί η προσωρινή ανάδοχος εταιρία να αποδείξει ότι έλαβε επανορθωτικά μέτρα για να αποδείξει την αξιοπιστία της, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού της περ. γ' παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016. Στη συνέχεια, με αφορμή τη με αρ. 754/2020 απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας (ΣΤΕ), η οποία εκδόθηκε επί άλλου διαγωνισμού του ίδιου αναθέτοντος φορέα, με τη με αρ. πρωτ. εξ. 5182/20/29.06.2020 και με αρ. 3756 απόφασή του, το Δ.Σ. του αναθέτοντος φορέα έκρινε, μεταξύ άλλων: «Την εν μέρει ανάκληση της υπ' αριθμόν 3564/20-11-2018 αποφάσεως του Δ.Σ., με την οποία εγκρίθηκε το 1ο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού και συγκεκριμένως την ανάκληση αυτού ως προς τις παραγράφους 12-14 και 18-20» και «Την αναπομπή στην Επιτροπή Διαγωνισμού, μετά την ανάκληση των ανωτέρω αποφάσεων του Δ.Σ., του 1ου Πρακτικού αυτής, προκειμένου αυτό να ανασυνταχθεί, αφού ελεγχθούν τα υποβληθέντα υπό των οικονομικών φορέων Ευρωπαϊκά Έντυπα Εγγράφου

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

Προμήθειας (άλλως Σύμβασης) (ΕΕΕΠ ή), ως προς το τιθέμενο σε αυτά ερώτημα [Μέρος III (Λόγοι αποκλεισμού) Τμήμα Γ (Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα) «Συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού: Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;»], κατά τα οριζόμενα στην Διακήρυξη και τον Ν.4412/2016 και αφού λάβει υπ' όψιν της τα γενόμενα σχετικώς δεκτά με την υπ' αριθμόν 754/2020 απόφαση του ΣΤΕ και εν συνεχεία να διαβιβάσει το ανασυνταχθέν, κατά τα ανωτέρω, 1ο πρακτικό της στο Διοικητικό Συμβούλιο προς λήψη της σχετικής αποφάσεως...». Ακολούθησε η με αριθ. 3762/10.07.2020 απόφαση του ΔΣ του αναθέτοντος φορέα, όπου αποφασίστηκε η απόρριψη των προσφορών όλων των συμμετεχόντων, διότι κατά τον επανέλεγχο των υποβληθέντων διαπιστώθηκε ότι στο ερώτημα που τίθεται στα υποβληθέντα από 9.10.2018 και 10.10.2018 <<Μέρος III (Λόγοι αποκλεισμού) Τμήμα Γ (Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα) “Συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού: Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;”>>, η απάντηση-δήλωσή τους ήταν «ΟΧΙ», παρά το γεγονός ότι, όπως προκύπτει από τις υπ' αριθμ. 642/2017 και 647/2017 αποφάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού, [εκ των οποίων η πρώτη (αφορώσα στην προσφεύγουσα) εκδόθηκε την 10-03-2017 και δημοσιεύθηκε την 08-09-2017 στο υπ' αριθμόν 3104, τεύχος Β', ΦΕΚ], η Επιτροπή Ανταγωνισμού διαπίστωσε ομόφωνα, ότι οι εν λόγω εταιρείες συμμετείχαν σε απαγορευμένη οριζόντια σύμπραξη περί κατανομής αγοράς και νόθευσης διαγωνισμών δημοσίων έργων. Περαιτέρω, με την με αριθ. 3762/10.07.2020 απόφαση του ΔΣ αποφασίστηκε η ματαίωση του επίμαχου διαγωνισμού λόγω αποκλεισμού των προσφορών όλων των διαγωνιζομένων. Κατά της με αριθ. 3762/10.07.2020 απόφασης του Δ.Σ. ασκήθηκε ενώπιον της ΑΕΠΠ από τη νυν προσφεύγουσα η υπό ΓΑΚ 969/24.07.2020 Προδικαστική Προσφυγή, η οποία απορρίφθηκε με την υπ' αριθμ. 1114/2020 απόφαση. Τέλος, εκδόθηκε η

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

προσβαλλόμενη με αριθ. 3770/15.07.2020 απόφαση του Δ.Σ. του αναθέτοντος φορέα με την οποία αποφασίστηκε και εγκρίθηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας.

3. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί, κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και 363 Ν. 4412/2016 το νόμιμο παράβολο με κωδικό ..., ποσού 15.000,00 ευρώ, το οποίο συνιστά το ανώτερο κατά το νόμο ποσό παραβόλου, λαμβανομένης υπόψιν της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (έργο) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 43.684.474,77 €, χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 3770/2020 πράξη αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ και κοινοποιήθηκε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην προσφεύγουσα στις 20.07.2020, οπότε και έλαβε γνώση αυτής, η δε Προσφυγή ασκήθηκε στις 30.07.2020, ήτοι εντός της δεκαήμερης προθεσμίας του νόμου.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα θεμελιώνει προφανές έννομο συμφέρον της για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής, καθώς με την προσβαλλόμενη απόφαση αποφασίστηκε και εγκρίθηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής της.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί για τους εξής λόγους: α) Έλλειψη νόμιμης προϋπόθεσης κατάπτωσης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής: Η προσφεύγουσα επικαλείται τις διατάξεις των άρθρων 302 και 103 του Ν.

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

4412/2016 καθώς και του άρθρου 4.2 της Διακήρυξης με θέμα την «Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου / Κατακύρωση / Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης», ισχυριζόμενη τα εξής: «16. Όπως έχει γίνει δεκτό από την Α.Ε.Π.Π. (ad hoc απόφαση 225/2020), προϋπόθεση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής συμμετέχοντος στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, όπως ορίζονται στο άρθρο 302 παρ. 1α του Ν. 4412/2016 αλλά και στους όρους 4.2 και 15.4 της παρούσας Διακήρυξης, αποτελεί η διαπίστωση ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 79 είναι ψευδή ή ανακριβή, ήτοι κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης να διαπιστωθεί ότι τα δηλούμενα στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (...) είναι ψευδή ή ανακριβή (πρώτη προϋπόθεση), καθώς και η θετική γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου (δεύτερη προϋπόθεση). Μάλιστα, από τη γραμματική και συστηματική ερμηνεία των διατάξεων αυτών, σαφώς συνάγεται ότι οι ανωτέρω δύο προϋποθέσεις πρέπει να πληρούνται σωρευτικά και δη, προγενεστέρως της απόφασης κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, η οποία συνεχεται αναγκαία είτε με αποκλεισμό του οικονομικού φορέα από τη διαγωνιστική διαδικασία λόγω πλημμελειών της προσφοράς του σε σχέση με τους όρους της διακήρυξης, όπως αυτή θα κριθεί και θα αξιολογηθεί κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης είτε με την εκ μέρους του αποχώρηση από τη διαδικασία (με απόσυρση της προσφοράς του ή με μη προσέλευση προς υπογραφή της σύμβασης), δηλαδή τον σε κάθε περίπτωση του αποκλεισμό από αυτήν. Συνεπώς, η απόφαση κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής ενός οικονομικού φορέα, συνεχεται άμεσα με τη νομιμότητα αποκλεισμού της προσφοράς του, αφού η κύρωση αυτή, της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, επέρχεται παρακολουθηματικώς και αυτοδικαίως και εκ του Νόμου κατά τα προαναφερόμενα, συνεπεία της απόρριψης της προσφοράς του υπό την προϋπόθεση συνδρομής συγκεκριμένων προϋποθέσεων, ως ο Νόμος και η Διακήρυξη ορίζουν. Τα ανωτέρω, όπου είτε λόγω σκόπιμα αναληθούς δήλωσης είτε λόγω ανακρίβειας των δηλούμενων και εκ του αποτελέσματος εσφαλμένης και μη ανταποκρινόμενης στην πραγματικότητα δήλωσης είτε ακόμη λόγω εν

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

τέλει και σε κάθε περίπτωση έστω και μη επαρκούς απόδειξης περί του ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού (άρα ακόμη και αν θεωρητικά δεν συντρέχουν, όμως τούτο δεν απεδείχθη εν τέλει κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης), η εγγυητική συμμετοχής καταπίπτει και πάλι, πλην όμως, το κοινό στοιχείο όλων των περιπτώσεων κατάπτωσης εγγυητικής συμμετοχής του άρθρου 103 Ν. 4412/2016, ήτοι των παρ. 3-5 αυτού, εντοπίζεται στο ότι η κοινή και αναγκαία αιτία κατάπτωσης ανάγεται σε αυτά καθαυτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, η έλλειψη, ανεπάρκεια ή το περιεχόμενο των οποίων είναι και ο λόγος για τον οποίο εν τέλει προκύπτει η δήλωση στο Ε.Ε.Ε.Σ. ως ψευδής ή ανακριβής ή η μη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ή η πλήρωση κριτηρίου επιλογής ως μη αποδειχθείσες (τρίτη προϋπόθεση). Δοθέντος δε, ότι οι διατάξεις του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016 και η όμοια του άρθρου 302 παρ. 1 επισύρουν κύρωση για τον συμμετέχοντα, του οποίου η δήλωση στο Ε.Ε.Ε.Σ. κρίθηκε ως ψευδής ή αναληθής πρέπει να ερμηνευθούν συσταλτικά, ώστε να περιλαμβάνουν μόνον περιπτώσεις που *rationae materiae* σαφώς εμπίπτουν στο γράμμα αυτών. Ούτως, το άρ. 302 του Ν. 4412/2016 δεν καλύπτει την περίπτωση όπου ανακύπτει λόγος αποκλεισμού ή μη πλήρωση κριτηρίου επιλογής σε στάδιο πριν ή μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης (επί παραδείγματι κατά τον έλεγχο των αρχικών δικαιολογητικών συμμετοχής ήτοι του Ε.Ε.Ε.Σ., όταν και ενδέχεται να περιέλθει εις γνώση της αναθέτουσας, λόγος αποκλεισμού αποδεδειγμένος εκ των προτέρων, γεγονός που επιτρέπει τον αποκλεισμό ήδη από το πρώτο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας) ή περίπτωση όπου η τυχόν συνδρομή λόγου αποκλεισμού δεν προκύπτει από τα προσκομισθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης ή το ανακριβές ή ψευδές της τυχόν δηλώσεως στο Ε.Ε.Ε.Σ. δεν προκύπτει κατά τη διασταύρωση της οικείας δηλώσεως με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και ως εκ τούτου η εγγυητική συμμετοχής δεν καταπίπτει στις περιπτώσεις αυτές, αφού δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις του άρθρου 103 του Ν. 4412/2016 (βλ. ΑΕΠΠ 588/2019). 17. Η ανωτέρω ερμηνεία επιρρωνύεται και από την ίδια τη διατύπωση του τελευταίου εδ. του άρθρου 302 παρ.1 του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το οποίο η απόρριψη της προσφοράς διαγωνιζομένου συνεπάγεται

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

την επιστροφή της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, εκτός και αν κατά του αποκλεισμού ασκήθηκε προδικαστική προσφυγή ή ένδικα βοηθήματα, οπότε κρατείται για να εξεταστεί η κατάπτωση ή επιστροφή της κατά το στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Επομένως, μόνη η απόρριψη της προσφοράς για οποιονδήποτε λόγο, πριν και χωρίς, δηλαδή, έλεγχο δικαιολογητικών κατακύρωσης δεν μπορεί να οδηγήσει στην κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. 18. Στην προκειμένη περίπτωση, με βάση τα ανωτέρω εκτεθέντα πραγματικά περιστατικά, με τη με αρ. 3756/29.6.2020 απόφαση του ΔΣ, η αποφάσισε την ανάκληση του από 29.10.2018 1ου Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, δυνάμει του οποίου η τελευταία εισηγήθηκε την ανακήρυξη της εταιρείας μας ως προσωρινής αναδόχου του υπό κρίση διαγωνισμού και την αναπομπή του στην Επιτροπή Διαγωνισμού, προκειμένου αυτό να ανασυνταχθεί, αφού ελεγχθούν τα υποβληθέντα υπό των οικονομικών φορέων Ευρωπαϊκά Έντυπα Εγγράφου Προμήθειας (άλλως Σύμβασης) (ΕΕΕΠ ή), ως προς το τιθέμενο σε αυτά ερώτημα [Μέρος III (Λόγοι αποκλεισμού) Τμήμα Γ (Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα) «Συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού: Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;»]. Στο σημείο αυτό δηλαδή, επιστρέψαμε στο αρχικό στάδιο του διαγωνισμού. 19. Σε συμμόρφωση προς την ανωτέρω απόφαση η Επιτροπή Διαγωνισμού με το από 6.7.2020 Πρακτικό διεξαγωγής διαγωνισμού προέβη εκ νέου σε έκδοση νέου Πρακτικού, μόνο κατά το μέρος που αφορά στον έλεγχο του για το προαναφερθέν ερώτημα της στρέβλωσης του ανταγωνισμού. Επί του ελέγχου αυτού απεφάνθη ότι «...Στο συγκεκριμένο ερώτημα, ο εν λόγω διαγωνιζόμενος έχει απαντήσει «Όχι», παρόλο που σύμφωνα με την προαναφερόμενη υπ' αριθμόν 754/2020 Απόφαση του ΣτΕ (παράγραφος 15), «ενώ κατά τις σχετικές αποφάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού (642/2017-B' 3104/8.9.2017 και 647/2017-B' 939/20.3.2019, αντίστοιχα) είχαν εμπλακεί σε συμπράξεις με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού, είχαν δηλώσει ανακριβώς με τα υποβληθέντα κατά τον χρόνο

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

διεξαγωγής του διαγωνισμού», ήτοι στις 11-10- 2018. Συνεπώς, η εταιρεία παραβίασε τον όρο 22.Α.4.(γ) της διακήρυξης και αποκλείεται από τον διαγωνισμό». Συνεπεία αυτού εισηγήθηκε τον αποκλεισμό της προσφοράς μας, εισηγήση η οποία έγινε δεκτή με την προσβαλλόμενη πράξη. 20. Υπό αυτά τα δεδομένα, με την ανάκληση του από 29.10.2018 1ου Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, ο διαγωνισμός επανήλθε στο αρχικό στάδιο διεξαγωγής, δηλαδή, στο στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής. Εν προκειμένω, επομένως, η προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής περί της κατάπτωσης της κατατεθείσας εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της εταιρείας μας, ως ήδη εξετέθη ανωτέρω, εξεδόθη κατόπιν του αποκλεισμού μας εν συνεχεία διαπίστωσης υποβολής ανακριβούς (κατά την άποψη του αναθέτοντος) Ε.Ε.Ε.Σ. που δεν έλαβε χώρα κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης, σύμφωνα με τα ανωτέρω περί πλήρωσης και της τρίτης προϋπόθεσης περί του συννόμου της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής στην υπό εξέταση διαγωνιστική διαδικασία. Και τούτο διότι, τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που υπέβαλε η εταιρεία μας στο πλαίσιο του προκείμενου διαγωνισμού ουδέποτε εξετάσθηκαν και ουδέποτε ούτε η Επιτροπή Διαγωνισμού ή η Προϊσταμένη Αρχή εξέδωσε απόφαση επί αυτών. Αντιθέτως ο αποκλεισμός μας επήλθε προ της εξέτασης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, κατά τον έλεγχο των αρχικών δικαιολογητικών συμμετοχής και συγκεκριμένα του Ε.Ε.Ε.Σ., όταν και περιήλθε σε γνώση του αναθέτοντος φορέας, λόγος αποκλεισμού αποδεδειγμένος (κατά την άποψη αυτού πάντα) από άλλη παράλληλη διαγωνιστική διαδικασία (και συγκεκριμένα η απόφαση 754/2020 της Ε.Α. ΣτΕ.), γεγονός που επέβαλε (κατά την άποψη του αναθέτοντος) τον αποκλεισμό μας ήδη από το πρώτο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας. Ενόψει αυτού στην προκείμενη περίπτωση το άρθρο 302 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4.2 της Διακήρυξης δεν εφαρμόζονται, καθώς η περίπτωση συνδρομής του λόγου αποκλεισμού δεν προέκυψε κατά την εξέταση των προσκομισθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης και ως εκ τούτου η κατάπτωση της επίμαχης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής είναι μη νόμιμη». β) Έλλειψη προϋπόθεσης κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής-

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

έλλειψη υπαιτιότητας: Η προσφεύγουσα επικαλείται τις διατάξεις του άρθρου 302 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, προβάλλοντας ειδικότερα τους εξής ισχυρισμούς: «22. Περαιτέρω, η απαίτηση σύμφωνα με την διακήρυξη και το νόμο, προηγούμενης γνώμης του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα για την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής, τότε μόνο αποκτά λόγο όταν γίνει δεκτό ότι το Τεχνικό Συμβούλιο συνεκτιμά και πρόσθετα στοιχεία πέραν της υποβολής ψευδούς δήλωσης προκειμένου να γνωμοδοτήσει για την κατάπτωσή ή μη της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. Τέτοια στοιχεία κατεξοχήν μπορεί να είναι η ύπαρξη υπαιτιότητας ή συγγνωστής πλάνης του δηλούντος. Ειδεμή, εφόσον δηλαδή ήθελε υποτεθεί ότι αρκεί από μόνη της η διαπίστωση υποβολής ψευδούς δηλώσεως, τότε η γνωμοδότηση του Τ.Σ. στερείται κάθε σκοπιμότητας και νοήματος αφού η κατάπτωση λαμβάνει χώρα κατά δεσμία αρμοδιότητα. Η θέση αυτή, ενόψει και του χαρακτήρα της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής ως κύρωσης αλλά και της πρόβλεψης αυτής καθ' αυτής της γνωμοδότησης του Τ.Σ., δεν μπορεί να γίνει δεκτή. Ως εκ τούτου η κατάπτωση εγγυητικής επιστολής συμμετοχής οικονομικού φορέα δεν μπορεί να αποσυνδεθεί από την διαπίστωση της ύπαρξης κάποιου βαθμού υπαιτιότητας στο πρόσωπό του. Σε περίπτωση διαπίστωσης έλλειψης υπαιτιότητας του οικονομικού φορέα για την ψευδή δήλωση (όπως π.χ. όταν είναι υποστηρίξιμες περισσότερες απόψεις για το ερώτημα το οποίο απαντήθηκε με ψευδή δήλωση), η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής δεν είναι νόμιμη και ως εκ τούτου δεν μπορεί να λάβει χώρα. Τούτο έχει γίνει δεκτό ήδη με αποφάσεις Συμβουλίων Δημοσίων Έργων, όπως η προσκομιζόμενη απόφαση υπ' αριθμ. 2/23-4-2020 με αριθμ.πρωτ:2/πρακτικό της 3ης συνεδρίασης του Τεχνικού Συμβουλίου τηςμε αρνητική γνωμοδότηση για την κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής εταιρείας που είχε προβεί σε ταυτόσημη δήλωση με τη δική μας, όπως είχε αναγνωρισθεί με την απόφαση 1334/2019 της Αρχής σας. Πρόκειται για περίπτωση ταυτόσημη με την προκείμενη». Στη συνέχεια, η προσφεύγουσα επικαλείται την με αριθ. 315/2019 Πράξη του Ε' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με την οποία είχε κριθεί ότι, στο πλαίσιο άλλης διαγωνιστικής διαδικασίας, ο αποκλεισμός της

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

προσφεύγουσας λόγω ανακριβούς δήλωσης στο σχετικά με την παράβαση των κανόνων του ανταγωνισμού δεν ήταν νόμιμος, διότι το ερώτημα δεν ήταν σαφώς διατυπωμένο, ώστε να προκύπτει εάν έπρεπε να απαντηθεί σχετικά με παλαιότερες συμφωνίες. Με την ίδια ως άνω απόφαση είχε κριθεί ότι η αναθέτουσα αρχή έπρεπε να είχε καλέσει την προσφεύγουσα να δηλώσει τα επανορθωτικά της μέτρα. Η προσφεύγουσα επισημαίνει περαιτέρω ότι: «25. Τα ίδια ακριβώς προέβαλε και ο αναθέτων φορέας στην επακολουθήσασα Δίκη ενώπιον του ΣΤΕ. Και ο ίδιος ο αναθέτων φορέας που τώρα προκαλεί την κατάπτωση της εγγυητικής μας, επομένως, υποστήριξε ενώπιον του ΣΤΕ ότι η ερώτηση στο Ε.Ε.Ε.Σ. ήταν ασαφής και ως εκ τούτου η εσφαλμένη απάντησή μας συγγνωστή για τους άνω λόγους. 26. Και ενώ ένα εκ των Ανωτάτων Δικαστηρίων αλλά και ο ίδιος ο αναθέτων φορέας έχουν παραδεχθεί αυτά, με την προσβαλλόμενη απόφαση λαμβάνει χώρα η έσχατη και δυσμενέστερη κύρωση εις βάρος μας. Εφόσον, όμως, διαπιστωμένα, τόσο από την ως άνω Πράξη του Ελεγκτικού, όσο και κυρίως από την ομολογία του αναθέτοντος φορέα δεν υπήρξε υπαιτιότητα στο πρόσωπό μας για την έστω εσφαλμένη ή ψευδή δήλωσή μας στο Ε.Ε.Ε.Σ., αλλά αντιθέτως αυτή ήταν συγγνωστή και δικαιολογημένη, η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής είναι προδήλως παράνομη και πρέπει να ακυρωθεί. Τούτο, άλλωστε, έγινε δεκτό σε ταυτόσημη περίπτωση με την ως άνω απόφαση υπ' αριθμ. 2/23-4-2020 με αριθμ.πρωτ:2/ πρακτικό της 3ης συνεδρίασης του Τεχνικού Συμβουλίου τηςκαι πρέπει για λόγους ίσης μεταχείρισης να γίνει δεκτό και εν προκειμένω». γ) Εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή των άρθρου 302 και 104 του ν. 4412/2016 - Απουσία λόγου κατάπτωσης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής: - Απουσία λόγου κατάπτωσης / Μη τέλεση του αδικήματος της παροχής ψευδών στοιχείων και πληροφοριών: «27. Όπως ήδη αναφέρθηκε, η εγγυητική επιστολή συμμετοχής ως διοικητική κύρωση καταπίπτει εφόσον πληρούνται οι περιοριστικά αναφερόμενοι στο νόμο λόγοι. Συναφώς ο 2ος λόγος αφορά στην τέλεση του αδικήματος της ψευδούς παροχής στοιχείων ή πληροφοριών. 28. Από την επισκόπηση τόσο του ν. 4412/2016, όσο και της αντίστοιχης ενωσιακής νομοθεσίας ουδόλως προκύπτουν κατά τρόπο σαφή και αντικειμενικό τα

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

στοιχεία που συναπαρτίζουν την «αντικειμενική υπόσταση» της τέλεσης παροχής ψευδών στοιχείων και πληροφοριών, ήτοι το πεδίο εφαρμογής της έννοιας «ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες», ο χρόνος τέλεσης, ο τυχόν απαιτούμενος δόλος, ο ουσιώδης χαρακτήρας των χαρακτηριζόμενων ως ψευδών στοιχείων ή πληροφοριών. Οι προϋποθέσεις δε αυτές είναι αναγκαίες ενόψει του σοβαρού περιορισμού των περιουσιακών δικαιωμάτων του και της οικονομικής και επαγγελματικής ελευθερίας που συνεπάγεται η κατάπτωση εγγυητικής επιστολής, ήτοι αγαθών, των οποίων η προστασία κατοχυρώνεται με τις διατάξεις των άρθρων 17 παρ.1 και 5 παρ.1 του Συντάγματος. Άλλωστε, η ασάφεια αυτή επιφυλάσσει ευρύτατο πεδίο διακριτικής ευχέρειας για την αναθέτουσα αρχή ή τον αναθέτοντα φορέα, γεγονός το οποίο παραβιάζει την θεμελιώδη αρχή «*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*», αλλά και της αρχής της αναλογικότητας που κατοχυρώνεται στο άρθρο 25 του Συντάγματος (βλ. ΣΤΕ Ολ. 3316/2014 σκ. 8, ΣΤΕ 342/2016 σκ. 4)». Η προσφεύγουσα επικαλείται περαιτέρω τις διατάξεις του άρθρου 79 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, την πάγια νομολογία του ΣΤΕ που ήδη από το 1973 συνέδεε την τέλεση ψευδούς δήλωσης επί συνδρομής καταδίκης ή λόγου αποκλεισμού, με την ουσιαστική συνδρομή της καταδίκης κατά το χρόνο διορισμού. Στη συνέχεια, παραθέτει τις σκέψεις 13-14 της απόφασης 754/2020 του ΣΤΕ, εξάγοντας τα εξής συμπεράσματα: «32. Από τη συνδυασμένη ερμηνεία και εφαρμογή των ανωτέρω διατάξεων και αρχών υπό το φως της λίαν πρόσφατης νομολογίας του ΣΤΕ προκύπτει αναντίρρητα ότι η παροχή ψευδών στοιχείων και πληροφοριών του άρθρου 302 ως λόγος κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής διακρίνεται και αντιπαραβάλλεται από την ανακριβή δήλωση δια του, η οποία εξαρτάται από τους όρους της διακήρυξης και σκοπεί στην προστασία πρωτίστως της πλήρους ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής ως προς το «ποιόν» του διαγωνιζομένου και όχι στην καθαυτό δυνατότητά του να αναλάβει δημόσια σύμβαση. 33. Κατά πρώτον μεταξύ των δύο νομικών εννοιών υπάρχει διαφορά διατύπωσης, η πρώτη δε συνίσταται στην παροχή ψευδών στοιχείων και πληροφοριών, η δεύτερη σε ανακριβή δήλωση δια του, Κατά δεύτερον, η πρώτη νομική έννοια προβλέπεται ρητά στα άρθρα 72 και 302 του ν. 4412/2016

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

αποκλειστικά ως λόγος κατάπτωσης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, η δεύτερη συνάγεται από τις διατάξεις της διακήρυξης και έχει αναχθεί από τον εκάστοτε αναθέτοντα φορέα ως λόγος αποκλεισμού χωρίς σαφή και ανεπιφύλακτη αναφορά στο νόμο. Τρίτον, η πρώτη νομική έννοια επισύρει διοικητική κύρωση επαγόμενη βαρύτερη βλάβη για την περιουσία του διαγωνιζόμενου, συνιστά ποινικό αδίκημα, το οποίο απαιτεί δόλο και βούληση σύμφωνα με την παρατεθείσα πάγια νομολογία του Αρείου Πάγου, συνέχεια με τη διατήρηση σε ισχύ των εννόμων συνεπειών του μη δηλωθέντος γεγονότος, ενώ η δεύτερη περιορίζεται σε λόγο απόρριψης της προσφοράς κατά δέσμια μάλιστα αρμοδιότητα. 34. Το ανωτέρω συμπέρασμα εξάγεται, άλλωστε, και από την εμφατική επωδὸ της προμνησθείσας απόφασης του ΣΤΕ α) περί «διαφορετικού και αυτοτελούς λόγου αποκλεισμού», β) από την αποσύνδεση της πλημμέλειας αυτής από την ουσιαστική έννομη συνέπεια του γεγονότος και γ) από την εξαίρεση του αυτοτελούς αυτού λόγου από τη δυνατότητα υπαγωγής στη διάταξη επιείκειας του άρθρου 104 παρ. 2 και 3 ως προς τη συνέπεια κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. 35. Τέλος δε αντίθετη άποψη που θα εξομοίωνε τους δύο λόγους θα οδηγούσε στο άτοπο, κάθε απόρριψη της προσφοράς διαγωνιζόμενου, για παράδειγμα λόγω μη τήρησης τεχνικών προδιαγραφών του έργου, για τις οποίες είχε υποβληθεί προκαταρκτικά στο θετική δήλωση για την τήρησή τους, να συνιστά παροχή ψευδούς στοιχείου ή πληροφορίας και να συνεπάγεται κατάπτωση εγγυητικής επιστολής συμμετοχής(!) 36. Στην προκειμένη περίπτωση, η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής της εταιρείας μας διατάσσεται επί τη βάση της άσχετης με την παρούσα υπόθεση απόφασης 754/2020 για τον προβλεπόμενο λόγο της υποβολής ανακριβούς δήλωσης δια του Συνεπώς, εσφαλμένα υπολαμβάνει ο αναθέτων φορέας ότι η συνδρομή του ανωτέρω λόγου ταυτίζεται με παροχή ψευδών στοιχείων και πληροφοριών του άρθρου 302, γεγονός που του επιβάλλει κατά δέσμια αρμοδιότητα την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. Η εταιρεία μας εν προκειμένω, δεν εξαπάτησε τον αναθέτοντα φορέα, ούτε παρέσχε οποιοδήποτε ψευδές στοιχείο ή πληροφορία το οποίο να της προσπόριζε ωφέλεια την οποία δεν δικαιούταν και δη την ανάληψη

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

δημοσίου έργου τη στιγμή που δεν νομιμοποιείται προς τούτου. Συνεπώς, ακόμα και αν συντρέχει λόγος αποκλεισμού της προσφορά της, δεν υφίσταται λόγος κατάπτωσης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής για το λόγο ότι στο πρόσωπό της συνέτρεχε ο λόγος απαλλαγής από τις διοικητικές συνέπειες και κυρώσεις για τις παραβάσεις των κανόνων ελεύθερου ανταγωνισμού, δεδομένου ότι είχε ήδη υπαχθεί σε καθεστώς διευθέτησης της διαφοράς, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 25 παρ. 8, 25α και 44 παρ. 3 του ν. 3959/2011 (βλ. ΣΤΕ 754/2020 σκ. 14). 37. Σε κάθε δε περίπτωση, ο αναθέτων φορέας όφειλε να εξετάσει την αποδιδόμενη συμπεριφορά υπό το προπαρατεθέν πλαίσιο και να διερευνήσει αν πληρούνται οι προϋποθέσεις και οι διαδικαστικές εγγυήσεις για την επιβολής της εν λόγω διοικητικής κύρωσης, να ασκήσει δηλαδή τη διακριτική ευχέρειά του ως προς την υπαγωγή των εν λόγω πραγματικών περιστατικών στην αντικειμενική υπόσταση της παροχής ψευδών στοιχείων και πληροφοριών, να αιτιολογήσει ειδικώς την πρόθεση της εταιρείας μας, τον ουσιώδη χαρακτήρα της παράβασης, ακόμα δε και να υποβάλει μήνυση στον αρμόδιο εισαγγελέα στην περίπτωση που θεωρεί ότι τέτοια καταμήνυση δεν θα είναι ψευδής! 38. Για όλους τους ανωτέρω λόγους, η απόφαση περί κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της εταιρείας μας είναι παράνομη και πρέπει να ακυρωθεί». - Υπαγωγή στην απαλλακτική διάταξη του άρθρου 104 παρ. 3 του ν. 4412/2016: «[...] 41. Στην προκειμένη περίπτωση, η εταιρεία μας υπέβαλε δικαιολογητικά κατακύρωσης στις 20.12.2018 και στις 2.7.2019 κλήθηκε από την να υποβάλει τα επανορθωτικά μέτρα που έλαβε για την αποκατάσταση της αξιοπιστίας της εξαιτίας των παραβάσεων του ανταγωνισμού. Το αίτημα αυτό, εξάλλου, διατυπώθηκε, αποκλειστικά και μόνο λόγω της οψιγενούς σε σχέση με την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης με αρ. 315/2019 αποφάσεως του Ελεγκτικού Συνεδρίου στον, παράλληλο και άσχετο με τον παρόντα, διαγωνισμό με αρ. Συνεπώς, η γνώριζε την εν λόγω κατάσταση κατόπιν υποβολής της από 13.9.2019 επιστολής μας και ουδέν προσπάθησε η εταιρεία μας να αποκρύψει ή να παράσχει ψευδώς. 42. Για το λόγο αυτό, σε κάθε περίπτωση, συντρέχει κατά κυριολεξία η εφαρμογή της επιεικούς διάταξης του άρθρου 104 παρ. 3 του ν. 4412/2016, η οποία αίρει την συνέπεια της

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της εταιρείας μας και η προσβαλλόμενη πράξη πρέπει να ακυρωθεί». γ) Εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 79 παρ. 1 εδ. δ' όπως ισχύει μετά την τροποποίησή της με τη διάταξη του άρθρου 235 παρ. 5 του ν. 4635/2019: Η προσφεύγουσα επικαλείται τις διατάξεις του άρθρου 79 του Ν. 4412/2016, του άρθρου 44 παρ. 3β του Ν. 3959/2011 καθώς και την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4635/2019, προβάλλοντας τα εξής: «47. Από τις ανωτέρω διατάξεις προκύπτει αβίαστα η πρόθεση του νομοθέτη να αποκλείσει κάθε ενδεχόμενο εταιρείες οι οποίες συμμετείχαν σε πρόγραμμα διευθέτησης διαφορών σχετικά με παραβάσεις του ανταγωνισμού να αποκλείονται από τη συμμετοχή τους σε διαγωνισμούς για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων. Την πρόθεση δε αυτή την εξειδίκευσε διττά: Αφενός μεν με πλήρη εξάλειψη του αξιοποίνου, απαλλαγή από διοικητικές κυρώσεις και ρητή εξαίρεση από τον οικείο λόγο αποκλεισμού, αφετέρου με ειδική «αμνήστευση» των αρνητικών απαντήσεων που δόθηκαν στο σε διαγωνισμό η διεξαγωγή των οποίων δεν είχε λάβει χώρα μέχρι την θέσπιση της ανωτέρω διάταξης, ήτοι μέχρι 30.10.2019. Ως εκ τούτου, οικονομικός φορέας ο οποίος έχει κατηγορηθεί για παραβάσεις του δικαίου του ανταγωνισμού και έχει υπαχθεί στη διαδικασία διευθέτησης του άρθρου 25α του ν. 3959/2011 δεν μπορεί πλέον εξ αυτού του λόγου ούτε να αποκλειστεί από δημόσιο διαγωνισμό, πολλώ δε μάλλον ούτε να καταπέσει η εγγυητική επιστολή συμμετοχής του για το λόγο αυτό. Περαιτέρω δε, οικονομικός φορέας του οποίου οι αρνητικές δηλώσεις στο για το ζήτημα αυτό αξιολογούνται κατά τη διεξαγωγή διαγωνισμού μετά την ισχύ της ανωτέρω διατάξεως δεν μπορεί ομοίως να αποκλειστεί για το λόγο αυτό από δημόσιο διαγωνισμό ή ακολούθως να καταπέσει η εγγυητική επιστολής συμμετοχής του. 48. Στην προκειμένη περίπτωση, με βάση τα ανωτέρω εκτεθέντα πραγματικά περιστατικά, με τη με αρ. 3756/29.6.2020 απόφαση του ΔΣ, η αποφάσισε την ανάκληση του από 29.10.2018 1ου Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, δυνάμει του οποίου η τελευταία εισηγήθηκε την ανακήρυξη της εταιρείας μας ως προσωρινής αναδόχου του υπό κρίση διαγωνισμού και την αναπομπή του στην Επιτροπή Διαγωνισμού, προκειμένου αυτό να ανασυνταχθεί, αφού ελεγχθούν τα

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

υποβληθέντα υπό των οικονομικών φορέων Ευρωπαϊκά Έντυπα Εγγράφου Προμήθειας (άλλως Σύμβασης) (ΕΕΕΠ ή ...), ως προς το τιθέμενο σε αυτά ερώτημα [Μέρος III (Λόγοι αποκλεισμού) Τμήμα Γ (Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα) «Συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού: Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;»]. 49. Σε συμμόρφωση προς την ανωτέρω απόφαση η Επιτροπή Διαγωνισμού με το από 6.7.2020 Πρακτικό διεξαγωγής διαγωνισμού προέβη εκ νέου σε διεξαγωγή του υπό κρίση διαγωνισμού κατά το μέρος μόνο που αφορά στον έλεγχο του για το προαναφερθέν ερώτημα της στρέβλωσης του ανταγωνισμού. Επί του ελέγχου αυτού απεφάνθη ότι «...Στο συγκεκριμένο ερώτημα, ο εν λόγω διαγωνιζόμενος έχει απαντήσει «Όχι», παρόλο που σύμφωνα με την προαναφερόμενη υπ' αριθμόν 754/2020 Απόφαση του ΣτΕ (παράγραφος 15), «ενώ κατά τις σχετικές αποφάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού (642/2017-B' 3104/8.9.2017 και 647/2017-B' 939/20.3.2019, αντίστοιχα) είχαν εμπλακεί σε συμπράξεις με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού, είχαν δηλώσει ανακριβώς με τα υποβληθέντα κατά τον χρόνο διεξαγωγής του διαγωνισμού», ήτοι στις 11-10- 2018. Συνεπώς, η εταιρεία παραβίασε τον όρο 22.Α.4.(γ) της διακήρυξης και αποκλείεται από τον διαγωνισμό». Συνεπεία αυτού εισηγήθηκε τον αποκλεισμό της προσφοράς μας, εισηγήση η οποία έγινε δεκτή με τη με αρ. 3762/10.7.2020 απόφαση του ΔΣ της, η οποία προσβλήθηκε με την από 23.7.2020 προδικαστική προσφυγή και η προσβαλλόμενη πράξη με την οποία διατάχθηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής με την ίδια ακριβώς αιτιολογία. Τονίζεται και πάλι ότι δεν υφίσταται κανένας δικαιολογητικός λόγος για την αλλαγή της στάσης της Διοίκησης εν προκειμένω αφού αφενός γνώριζε ήδη προ πολλού την δήλωσή μας και τις αποφάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού ενώ η ίδια είχε αποφασίσει -ορθώς- να ζητήσει μέτρα αυτοκάθαρσης από την εταιρεία μας. Έκτοτε ουδέν γεγονός μεσολάβησε, ενώ δεν μπορεί να θεωρηθεί ως τέτοιο η επικαλούμενη από την προσβαλλόμενη απόφαση της Ε.Α. ΣτΕ, δεδομένου ότι αφενός δεν αφορά την προκείμενη

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

υπόθεση και αφετέρου είναι ένα νομολογιακό δεδομένο μεταξύ πολλών (αναφερόμαστε στην αντίθετη νομολογία του Ελεγκτικού Συνεδρίου). Ως εκ τούτου ο αναθέτων ούτε δεσμευόταν ούτε υποχρεούτο να συμμορφωθεί με την απόφαση 754/2020 του ΣτΕ, ενόψει του ότι ουδείς διαγωνιζόμενος προσέφυγε, ενώ επιπλέον, ο διαγωνισμός οδηγείται σε ακύρωση. 50. Ωστόσο, με την αιτιολογία αυτή η προσβαλλόμενη πράξη έχει εσφαλμένα εφαρμόσει την κείμενη νομοθεσία, καθώς δεν έλαβε υπόψη τις προμνησθείσες διατάξεις των άρθρων 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 44 παρ.3β του ν. 3959/2011 οι οποίες ήραν τη δυνατότητα αποκλεισμού οικονομικών φορέων και την εντεύθεν επιβολή κυρώσεων στο πλαίσιο των διαγωνισμών αυτών για λόγους που σχετίζονται με παραβάσεις του ανταγωνισμού, θεράπευσαν δε την τυχόν αρνητική για το ζήτημα αυτό απάντηση στο, για όσους διαγωνισμούς διεξήχθησαν μετά την 30η.10.2019. 51. Με την επικαλούμενη 754/2020 απόφαση της Ε.Α. ΣτΕ έγινε δεκτό ότι στον, παράλληλο και άσχετο με τον παρόντα, διαγωνισμό έπρεπε να αποκλεισθεί η εταιρεία μας, δεδομένου ότι απάντησε στο οικείο «Όχι», παρόλο που κατά τις σχετικές αποφάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού είχε εμπλακεί σε συμπράξεις με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού. Μεταγενεστέρως, όμως, της γενέσεως της ως άνω διαφοράς εξεδόθη ο προαναφερθείς νόμος 4635/2019. Δεν υπάρχει αμφιβολία ότι ο νόμος αυτός είναι ευμενέστερος για τις εργοληπτικές επιχειρήσεις που συμμετείχαν σε διαδικασία διευθέτησης διαφορών, εφόσον ρητώς ορίζεται πλέον ότι η δια της υπαγωγής στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρου 25α και της ολοσχερούς εξόφλησης του προστίμου, επέρχεται πλήρης απαλλαγή της επιχείρησης και κάθε άλλου υπευθύνου προσώπου της παραγράφου 2(γ) του άρθρου 25 από κάθε είδους διοικητικές κυρώσεις. Ρητώς πλέον ορίζεται ότι στις ανωτέρω περιπτώσεις η διαπίστωση της σχετικής «παράβασης» δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού της επιχείρησης από διαγωνισμούς για δημόσιες συμβάσεις ή συμβάσεις παραχωρήσεων, η δε σχετική εσφαλμένη ενδεχομένως απάντηση δεν συνιστά επί ποινή αποκλεισμού ανακριβή δήλωση. 52. Ως ευμενέστερος νόμος, η προκείμενη διάταξη έπρεπε να εφαρμοσθεί και στην προκείμενη περίπτωση, κάτι που η Διοίκηση ήταν υποχρεωμένη να το πράξει, εφόσον δεν

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

δεσμευόταν από την ύπαρξη δεδिकाσμένου, όπως στην περίπτωση της διαφοράς που κρίθηκε με την 754/2020 απόφαση του ΣΤΕ. Ειδικότερα, μεταξύ των γενικών αρχών του ενωσιακού δικαίου συγκαταλέγεται η αρχή της αναδρομικής εφαρμογής της ελαφρύτερης διοικητικής κύρωσης (βλ. ΔΕΚ μειζ. συνθ. απόφαση της 11.3.2008, C-420/06, Jager, σκέψεις 59-60 και ΣΤΕ 2957/2013, 2556/2014 επταμ., 1438/2018 επταμ., 2221/2018, 352/2019 επταμ., 1389/2019 επταμ., 2691/2019 επταμ.). Την ίδια έννοια με την προαναφερόμενη γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου έχει το άρθρο 49 του Ε.Κ.Χ.. Επομένως η αρχή της αναδρομικής εφαρμογής του ευμενέστερου για τον διοικούμενο κυρωτικού νόμου κατοχυρώνεται στο άρθρο 7 παρ.1 της ΕΣΔΑ καθώς και στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο. Βάσει της απόφασης Jager (ΔΕΚ μειζ. σύνθ. 11-3-2008 C- 420/06) η εν λόγω αρχή εφαρμόζεται και στις διοικητικές κυρώσεις ακόμα κι αν δεν έχουν ποινική χροιά. 53. Σύμφωνα με την εν λόγω αρχή, σε περίπτωση διαδοχής ουσιαστικών νόμων που αφορούν την ίδια ή συγκρίσιμη παραβατική συμπεριφορά, εφαρμόζεται ο νεότερος νόμος, ο οποίος, εκτιμώμενος στο σύνολό του, είναι ευμενέστερος για τον ελεγχόμενο, δηλαδή άγει σε ευνοϊκότερο γι' αυτόν αποτέλεσμα στη συγκεκριμένη περίπτωση. Τούτο κατεξοχήν συμβαίνει όταν ο νεότερος νόμος καταργεί το «αξιόποينو» ορισμένης συμπεριφοράς. Επιπλέον, σύμφωνα με την εν λόγω αρχή, η οποία έχει το χαρακτήρα κανόνα διαχρονικού δικαίου, ο ευμενέστερος ή μη για τους διοικούμενος χαρακτήρας του νεότερου νόμου που προβλέπει κύρωση για ορισμένη διοικητική παράβαση δεν κρίνεται γενικώς, αλλά ενόψει της συγκεκριμένης περίπτωσης, κατόπιν σύγκρισης όλων των σχετικών νομοθετικών ρυθμίσεων που αφορούν στο χρονικό διάστημα από τη διάπραξη της παράβασης έως και την εκδίκαση της υπόθεσης από το διοικητικό δικαστήριο (βλ. ΣΤΕ 2556/2014 επταμ., 4469/2014 και 102/2015 εν συμβουλίω επί προδικαστικού ερωτήματος) και εξέτασης ποιά από τις ρυθμίσεις αυτές, εφαρμοζόμενη στο σύνολό της, άγει, κατ' εκτίμηση των συνθηκών της υπόθεσης, στην ελαφρύτερη κύρωση (βλ. ΣΤΕ 2957/2013, 4469/2014 και 102/2015 εν συμβουλίω επί προδικαστικού ερωτήματος). 54. Κατά το χρόνο έκδοσης της προσβαλλόμενης πράξης, το Δ.Σ. της όφειλε να λάβει υπόψη του την έκδοση

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

της ως άνω προδήλως ευμενέστερης διάταξης του νόμου 4635/2019. Το πόρισμα της απόφασης 754/2020 της Ε.Α. ΣτΕ, επομένως, το οποίο η προσβαλλόμενη θεώρησε ότι την δεσμεύει, έχει καταστεί ανεπίκαιρο ένεκα της νομοθετικής επέμβασης που ρητώς κατέστησε άνευ συνεπειών την εσφαλμένη έστω δήλωση στο της εταιρείας μας, αναφορικά με την παράβαση των κανόνων του ανταγωνισμού. Στην έστω εσφαλμένη επίμαχη δήλωσή μας πρέπει να εφαρμοσθεί ο νέος ευμενέστερος νόμος που εφαρμόζεται πλέον σε ταυτόσημες περιπτώσεις και να μείνει άνευ δυσμενών εννόμων συνεπειών η σχετική δήλωσή μας. Κατά συνέπεια είναι μη νόμιμη η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της εταιρείας μας, διότι παρανόμως δεν ελήφθη υπόψη και δεν εφαρμόσθηκε ο ως άνω προδήλως ευμενέστερος νόμος. Τονίζεται ότι το ζήτημα αυτό δεν έχει κριθεί από το ΣτΕ και κατά συνέπεια ο αναθέτων φορέας δεν δεσμεύεται από συναφώς εκδοθείσα απόφαση. 55. Για το λόγο αυτό η προσβαλλόμενη πράξη είναι παράνομη και πρέπει να ακυρωθεί».

δ) Η απόφαση ΣτΕ 754/2020 δεν αναπτύσσει δεδικασμένο: – Η προσφορά της εταιρείας μας είναι νόμιμη. 56. Περαιτέρω, μη νόμιμα η προσβαλλόμενη πράξη θεώρησε ότι δεσμεύεται από την απόφαση 754/2020 της Ε.Α. ΣτΕ, προσδίδοντας σε αυτή ισχύ δεδικασμένου και στην προκείμενη περίπτωση. Η απόφαση αυτή δεν αναπτύσσει δεδικασμένο εν προκειμένω επειδή προφανώς δεν υφίσταται ταυτότητα διαφοράς πρωτίστως ενόψει της αυτοτέλειας καθενός διαγωνισμού. Αποτελεί απλά ένα νομολογιακό προηγούμενο που, εκτός του ότι μπορεί να ανατραπεί, δεν μπορεί, ενόψει της ιδιαιτερότητας του επίμαχου διαγωνισμού και του σταδίου στο οποίο αυτός βρίσκεται, να οδηγήσει αυτόματα σε αποκλεισμό της εταιρείας μας και σε κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, όπως παρανόμως αποφάσισε η αναθέτουσα αρχή. 57. Όπως αναλύθηκε ανωτέρω, ο αναθέτων φορέας αποφάσισε την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής που έχουμε καταθέσει στον παρόντα διαγωνισμό επικαλούμενος, ως μοναδικό λόγο, την «ανακριβή απάντηση στο ΕΕΕΠ» στο σχετικό ερώτημα περί σύναψης συμφωνιών με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού (αρ. 73 παρ. 4ζ ν. 4412/2016). Πλην, όμως, η εν λόγω αρνητική απάντηση, εκτός του ότι δεν μπορεί, ενόψει των περιστάσεων εντός

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

των οποίων υποβλήθηκε να θεωρηθεί «σοβαρή» ώστε να ενεργοποιήσει τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 73 παρ. 4ζ ν. 4412/2016, πάντως, δεν μπορούσε να οδηγήσει σε αποκλεισμό της εταιρείας μας χωρίς την προηγούμενη εξέταση των τυχόν ληφθέντων μέτρων αυτοκάθαρσης. Ειδικότερα: 58. Ενόψει των εντελώς ιδιαίτερων περιστάσεων υπό τις οποίες υποβλήθηκε εντελώς καλόπιστα και με δικαιολογημένη εμπιστοσύνη η κρίσιμη δήλωσή μας η μη γνωστοποίηση από την Εταιρεία μας της «πληροφορίας» ότι είχε διαπιστωθεί σε βάρος της παράβαση κανόνων ανταγωνισμού με την απόφαση ΕΑ 642/2017 δεν ήταν σε καμία περίπτωση σοβαρή και, κατά τούτο, δεν μπορούσε επουδενί να οδηγήσει στον αυτόματο αποκλεισμό μας [βλ. τις από 8 Μαΐου 2019 Προτάσεις του Γενικού Εισαγγελέα του ΔΕΕ, επί της υπόθεσης C-267/18, τονίζεται ότι το κριτήριο της «σοβαρότητας» των δηλώσεων είναι έκφανση της αρχής της αναλογικότητας και επιβάλλει την αξιολόγηση των «ιδιαίτερων περιστάσεων υπό τις οποίες έλαβε χώρα η απόκρυψη των πληροφοριών καθώς και της βαρύτητας της συμπεριφοράς αυτής» (βλ. τη σκ. 55). Βλ. και ΑΕΠΠ 623/2019 (σκ. 54), καθώς και την με αρ. 20 Κατευθυντήρια Οδηγία της ΕΑΑΔΗΣΥ)]».

8. Επειδή, ο αναθέτων φορέας στις υπ' αριθμ. οικ.6792/10.08.2020 Απόψεις του, τις οποίες ανήρτησε αυθημερόν στο ΕΣΗΔΗΣ, επιδιώκει την απόρριψη της Προσφυγής, ισχυριζόμενος ειδικότερα τα εξής: «[...] Επί ενός εκάστου των λόγων της ενδίκου προσφυγής, αρνούμενοι τούτους ως προδήλως αβασίμους και αλυσιτελώς προβαλλομένους, αντεπαγόμεθα τα ακόλουθα: α) Επί του α' λόγου της προσφυγής: «Έλλειψη νόμιμης προϋπόθεσης κατάπτωσης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής»: 14. Στις ισχύουσες διατάξεις του ν.4412/2016, κατά την ημερομηνία αποστολής της προκήρυξης του εν λόγω διαγωνισμού (Α.Δ. ...) στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ήτοι την 28-08-2018) και δημοσίευση αυτής στο υπ' αριθμόν ... φύλλο, ορίζονται τα εξής: άρθρο 302: «1. Οι αναθέτοντες φορείς ζητούν από τους προσφέροντες να παράσχουν, κατά περίπτωση, τα ακόλουθα είδη εγγυήσεων: α) “Εγγύηση συμμετοχής” (...) Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, δεν προσκομίσει εγκαίρως τα

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

προβλεπόμενα από τα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης ή αν παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες, οι οποίες απαιτούνται από τους αναθέτοντες φορείς, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 304 ή την παράγραφο 1 του άρθρου 305 (...).
άρθρο 304 παρ.1: «Οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να θεσπίζουν αντικειμενικούς κανόνες και κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής των προσφερόντων ή των υποψηφίων οι εν λόγω κανόνες και κριτήρια αναφέρονται στα έγγραφα της σύμβασης». άρθρο 305 παρ.1: « (...)οι αντικειμενικοί κανόνες, οι λόγοι αποκλεισμού και τα κριτήρια για την επιλογή των υποψηφίων και των προσφερόντων σε ανοικτή διαδικασία (...) μπορούν να περιλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού που παρατίθενται στο άρθρο 73, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται σε αυτό.(...)». άρθρο 73: «1.(...), 2.(...), 3.(...), 4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: α) (...), β) (...), γ) εάν η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, δ) (...), ε) (...), στ) (...), ζ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 79, η) (...), θ) (...). 5. (...), 6) (...) Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, σε μία από τις περιπτώσεις της παρ. 4. (...)». Στους όρους της υπ' αριθμόν ... διακηρύξεως, η οποία διέπει τον εν λόγω διαγωνισμό έχουν συμπεριληφθεί, σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις των άρθρων 304 παρ.1 και 305 παρ.1 του ν.4412/2016, οι λόγοι αποκλεισμού των

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

υποψηφίων και των προσφερόντων, που παρατίθενται στο άρθρο 73, ως εξής: άρθρο 22 της διακηρύξεως “Κριτήρια ποιοτικής επιλογής”, 22.A. “Λόγοι αποκλεισμού”, 22.A.4. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης προσφέρων σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: «(α).(…), (β).(…), (γ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ’ εφαρμογή του άρθρου 23 της παρούσας, (δ) (...), (ε) (...), (στ) υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. 22.A.5. (...). 22.A.6. Ο αναθέτων φορέας αποκλείει οικονομικό φορέα σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, όταν αποδεικνύεται ότι αυτός βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις περιπτώσεις των προηγούμενων παραγράφων». 15. Σε άλλο διαγωνισμό της (υπ’ αριθμόν διακήρυξη), οι όροι του οποίου είναι όμοιοι με τον εν λόγω διαγωνισμό (Α.Δ....), συμμετείχε, μαζί με άλλους οικονομικούς φορείς (τρεις εκ των οποίων είναι κοινοί και στους δύο διαγωνισμούς), ο προσφεύγων οικονομικός φορέας «.....». Η προκήρυξη του διαγωνισμού, με αριθμό, είχε αποσταλεί στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης την 28-12-2017 και δημοσιεύθηκε στο υπ’ αριθμόν ... φύλλο. 16. Κατά την διενέργεια του ως άνω διαγωνισμού (με Α.Δ.) και κατόπιν αιτήσεως ακυρώσεως ενός εκ των συμμετεχόντων στον διαγωνισμό αυτόν (ήτοι της κοινοπραξίας με την επωνυμία «.....»), εξεδόθη η υπ’ αριθμόν 754/2020 απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας (Δ΄ Τμήμα), με την οποία κρίθηκε ότι «(...) η παρεμβαίνουσα εταιρεία και η εταιρεία (...), ως μέλος της ενώσεως εταιρειών (...), ενέπιπταν στον κατά τα εκτεθέντα ανωτέρω λόγο αποκλεισμού¹, δεδομένου ότι, ενώ κατά τις σχετικές αποφάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού (642/2017-B’ 3104/8.9.2017 και (...), αντίστοιχα) είχαν εμπλακεί σε συμπράξεις με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, είχαν

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

δηλώσει ανακριβώς με τα υποβληθέντα κατά τον χρόνο διεξαγωγής του διαγωνισμού (9.2.2018) ότι δεν είχαν μετάσχει σε σχετικές συμφωνίες. (...)» (σκέψη 15 της αποφάσεως 754/2020) [σημ.:1. ο λόγος αποκλεισμού αναφέρεται στην σκέψη 13 της ως άνω αποφάσεως του ΣΤΕ, ως αυτοτελής λόγος αποκλεισμού, “λόγω υποβολής ψευδούς δηλώσεως διά του (άρθρα 4 παρ. 4.2.(δ) και (στ) και 22 παρ. 22.Α.4(γ) της διακηρύξεως)” και στη συνέχεια ότι ο λόγος αυτός αποκλεισμού “συνίσταται στην ανακριβή δήλωση και απόκρυψη (διά του) των σχετικών με τον προαναφερθέντα λόγο (της παρ. 22.Α.4(γ) της διακηρύξεως) στοιχείων, αναγκαίων για τη διαμόρφωση της κρίσης της αναθέτουσας αρχής ή φορέα στον κρίσιμο χρόνο υποβολής του”. 17. Από τις ανωτέρω σκέψεις της εκδοθείσης, κατά την ακυρωτική διαδικασία, υπ’ αριθμόν 754 αποφάσεως του ΣΤΕ, η συμμόρφωση προς την οποία και η εφαρμογή της από την, ως αναθέτοντος φορέα, αποτελεί δέσμια αρμοδιότητα αυτής, προκύπτει ότι οι αναφορές «ψευδής δήλωση» και «ανακριβής δήλωση και απόκρυψη» έχουν ταυτόσημη έννοια, δεδομένου ότι άγουν στο αυτό αποτέλεσμα, ήτοι στην αδυναμία της αναθέτοντος φορέα να λαμβάνει πλήρη γνώση όλων των αναγκαίων στοιχείων για την εκφορά της κρίσης του περί της συνδρομής ή μη λόγου αποκλεισμού του διαγωνιζομένου στο κατάλληλο στάδιο του διαγωνισμού (σκέψη 13 της 754/2020 ΣΤΕ). 18. Κατά συνέπεια, ο αναθέτων φορέα δεν δύναται να αποστεί της δέσμιας αρμοδιότητός του να εφαρμόσει τις διατάξεις του εφαρμοστέου, για την περίπτωση αυτή, νόμου (άρθρο 302 παρ.1 του ν.4412/2016), συμφώνως προς τις οποίες «Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει αν ο προσφέρων παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες, οι οποίες απαιτούνται από τους αναθέτοντες φορείς, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου 304 ή την παράγραφο 1 του άρθρου 305 (...)». 19. Και βεβαίως, την στιγμή κατά την οποία ο αναθέτων φορέας διαπιστώνει, μετά την τήρηση των οριζομένων στους όρους της επιδίκου υπ’ αριθμόν ... διακηρύξεως (οι όροι της οποίας είναι όμοιοι με αυτούς της υπ’ αριθμόν διακηρύξεως, επί τη βάση των όρων της οποίας εξεδόθη η ανωτέρω υπ’ αριθμόν 754/2020 ΣΤΕ), ότι ο εν λόγω προσφεύγων οικονομικός φορέας (...) υπέπεσε στον ίδιο αυτοτελή λόγο αποκλεισμού, δίδοντας (διά του) την απάντηση «ΟΧΙ» στο σχετικό ερώτημα

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

εάν «Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;», δεν δύναται να ενεργήσει κατά διαφορετικό τρόπο, διότι τέτοιου είδους συμπεριφορά δεν εμπίπτει στην διακριτική ευχέρειά του, αλλά, ως αναθέτων φορέας διενέργειας διαγωνισμών δημοσίων συμβάσεων, οφείλει να ενεργεί κατά ενιαίο τρόπο, σε κάθε όμοιο διαγωνισμό που διεξάγει. 20. Επομένως, νομίμως η εταιρεία μας, διά της προσβαλλομένης αποφάσεως του Διοικητικού Συμβουλίου της, ενήργησε, εφαρμόζοντας τους όρους και τις διατάξεις της διακηρύξεως ... και του νόμου 4412/2016. β) Επί του β' λόγου της προσφυγής: «Έλλειψη προϋπόθεσης κατάπτωσης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής – έλλειψη υπαιτιότητας» 21. Πέραν των όσων, αναλυτικώς, παραθέτουμε κατά την αντίκρουση του [α'] λόγου της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, συμπληρωματικώς αναφέρουμε τα εξής: 22. Ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα (παρ. 22 της προσφυγής), ότι «(...)εφόσον ... ήθελε υποθεθεί ότι αρκεί από μόνη της η διαπίστωση υποβολής ψευδούς δηλώσεως, τότε η γνωμοδότηση του Τ.Σ. στερείται κάθε σκοπιμότητας και νοήματος αφού η κατάπτωση λαμβάνει χώρα κατά δεσμία αρμοδιότητα», απαντάται εμμέσως από την ίδια στην παράγραφο 35 της προσφυγής, όπου αναφέρεται σε ψευδή / ανακριβή δήλωση (διά του) για τήρηση τεχνικών προδιαγραφών του έργου, οι οποίες, κατά τον έλεγχο από την αρμόδια Επιτροπή Διαγωνισμού, διαπιστώνεται ότι δεν πληρούνται (τηρούνται). Πράγματι, σε αυτήν την περίπτωση (και όχι μόνον) το Τεχνικό Συμβούλιο, ως το καθ' ύλην αρμόδιο τεχνικό όργανο της εταιρείας, έχει την αρμοδιότητα να γνωμοδοτήσει για τα αμιγώς τεχνικά ζητήματα που ανακύπτουν, αναφορικά με την πληρότητα των τεχνικών προδιαγραφών και με την δήλωση του προσφέροντος ότι οι προδιαγραφές αυτές τηρούνται. Και τούτο, διότι στην περίπτωση αυτή, εκφέρεται τεχνική επιστημονική γνώμη. 23. Τέτοια τεχνική επιστημονική γνώμη δεν δύναται να εννοηθεί η διαπίστωση ενός αντικειμενικώς, ψευδούς / ανακριβούς πραγματικού γεγονότος, όπως η αρνητική απάντηση στο επί του προαναφερομένου ερωτήματος για την σύναψη ή μη συμφωνιών με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Και τούτο, διότι η διαπίστωση της συντελέσεως της ψευδούς / ανακριβούς δηλώσεως προκύπτει αντικειμενικώς και

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

αναμφισβητήτως από: (α) το υποβληθέν στον διαγωνισμό της εταιρείας «....» και (β) την υπ' αριθμόν 642/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, επί των οποίων ουδεμία υποκειμενική κρίση χωρεί, περί υπάρξεως υπαιτιότητας ή μη της ανωτέρω εταιρείας. γ) Επί του γ' λόγου της προσφυγής: «Εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή των άρθρων 302 και 104 του ν.4412/2016 – Απουσία λόγου κατάπτωσης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής» 1ος επί μέρους λόγος: «Απουσία λόγου κατάπτωσης / Μη τέλεση του αδικήματος της παροχής ψευδών στοιχείων και πληροφοριών». 2ος επί μέρους λόγος: «Υπαγωγή στην απαλλακτική διάταξη του άρθρου 104 παρ. 3 του ν. 4412/2016». 24. Προς αντίκρουση του παρόντος [γ'] λόγου της υπό κρίση προσφυγής, μετά των δύο επιμέρους λόγων του, παραπέμπουμε στις απόψεις μας επί των [α'] και [β'] λόγων της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, αφού θεωρούμε ότι οι εμπεριεχόμενοι στον λόγω αυτόν ισχυρισμοί αποτελούν στην ουσία τους επανάληψη των όσων αναφέρονται στον α' και τον β' λόγο. δ) Επί του δ' λόγου της προσφυγής (ο οποίος αναφέρεται στην σελίδα 26 επ. – παρ. 43-55 αυτής, ως γ'): «Εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 79 παρ. 1 εδ. δ' όπως ισχύει μετά την τροποποίησή της με τη διάταξη του άρθρου 235 παρ.5 του ν.4635/2019». 25. Στον ν.4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» και στις παρ. 4 και 6 εδ. β' του άρθρου 73, με τίτλο «Λόγοι αποκλεισμού (άρθρο 57 παράγραφοι 1 έως 6 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)», ορίζεται, ότι: «4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: ζ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 79. ... 6. ... Σε οποιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείσουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι ο εν λόγω

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

οικονομικός φορέας βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, σε μία από τις περιπτώσεις της παρ.4.». Τονίζεται ότι, στην περίπτωση κατά την οποία, όπως εν προκειμένω συμβαίνει, η αναθέτουσα αρχή (ή φορέας) επιλέξει να συμπεριλάβει στη διακήρυξη οιονδήποτε από τους δυνητικούς λόγους αποκλεισμού της παραγράφου 4 του άρθρου 73, τότε αυτός καθίσταται υποχρεωτικός, υπό την έννοια ότι η αναθέτουσα αρχή οφείλει να εξετάσει την συνδρομή ή μη των προϋποθέσεων του, υποχρεούται δε να αποκλείσει τον οικονομικό φορέα, στο πρόσωπο του οποίου συντρέχουν οι προϋποθέσεις εφαρμογής του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού, κατά τα αναλυτικώς αναφερόμενα στην υπ' αριθμόν 3762/10-07-2020 απόφαση του Δ.Σ. της εταιρείας μας. [Σημειώνεται ότι, κατά της ως άνω αποφάσεως του Δ.Σ. της -υπ' αριθμόν 3762/10-07-2020- έχει κατατεθεί ενώπιον της ΑΕΕΠ η, υπό ΓΑΚ ΑΕΠΠ 969/24-07-2020, προσφυγή του εν λόγω οικονομικού φορέα «...», η συζήτηση της οποίας έχει ορισθεί την 28-08-2020 (υπ' αριθμόν 1172/27-07-2020 Πράξη της Κας Προέδρου του 3ου Κλιμακίου). Επί της προσφυγής αυτής, η εταιρεία μας έχει καταθέσει τις απόψεις της, με το υπ' αριθ. πρωτ. οικ. 6463/20/30-07-2020 έγγραφό της]. 26. Σημειωτέον, ότι ο προβλεπόμενος στο άρθρο 73 παρ. 4 περ. ζ' ν.4412/2016 λόγος αποκλεισμού πρόκειται περί δυνητικού λόγου αποκλεισμού, ο οποίος προβλεπόταν και στο προηγούμενο νομοθετικό καθεστώς (άρθρο 43 παρ. 2 περ. ζ' του π.δ. 60/2007), με στόχο να αποθαρρύνει τους οικονομικούς φορείς από το να παρέχουν παραπλανητικές ή/και ανακριβείς ή/και αναληθείς πληροφορίες σε σχέση με τις προϋποθέσεις και απαιτήσεις συμμετοχής τους στη διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως. Κατά μείζονα, δε, λόγο σήμερα, μετά την εισαγωγή νέων κανόνων για την προκαταρκτική απόδειξη και την υποχρεωτική χρήση τυποποιημένων εντύπων για τις αναθέτουσες αρχές (του Ε.Ε.Ε.Σ. για τις συμβάσεις άνω των ορίων και του Τ.Ε.Υ.Δ. για τις συμβάσεις κάτω των ορίων), κρίνεται ιδιαίτερως σημαντική η διασφάλιση της ακρίβειας των πληροφοριών, τις οποίες οι οικονομικοί φορείς περιλαμβάνουν στα έντυπα αυτά. 27. Εκ των ρητών όρων και διατάξεων της διακηρύξεως του επίμαχου διαγωνισμού και των διατάξεων του νόμου, στις

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

οποίες αυτές ευθέως παραπέμπουν [της παρ. 4.2 (δ) του άρθρου 4, των παρ. 22.Α.4(γ) & (στ) και 22.Α.6. του άρθρου 22 και της παρ. 23.1 του άρθρου 23], συνάγεται, ότι ανακριβής δήλωση του διαγωνιζομένου σχετικά με την (μη) συνδρομή λόγων αποκλεισμού, η οποία περιλαμβάνεται στο υποβαλλόμενο με την προσφορά του, έχει αναχθεί από τον αναθέτοντα φορέα μας (...), συμφώνως και εν αρμονία προς τα οριζόμενα και με τις διατάξεις των άρθρων 79 παρ. 1 και 5, 103 παρ. 3 και 104 παρ. 2 του ν.4412/2016 και τον κανονισμό 2016/7 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, σε αυτοτελή λόγο αποκλεισμού, ο οποίος προβλέπεται από την διακήρυξη και συνεπάγεται, με την διαπίστωσή του, την υποχρέωση της «....» να θέσει εκτός διαγωνισμού τον διαγωνιζόμενο, η δήλωση του οποίου (δια του) διαπιστούται, ότι είναι αντικειμενικώς ανακριβής. Το, το οποίο, όπως προκύπτει εκ του άρθρου 59 παρ. 1 περ. α' και παρ. 2 της οδηγίας 2014/24, υποβάλλεται ταυτόχρονα με την αίτηση συμμετοχής ή την προσφορά του διαγωνιζομένου και έχει ειδικώς τυποποιημένο περιεχόμενο, καθοριζόμενο από τον κανονισμό 2016/7 της Επιτροπής, επιτελεί ακριβώς τον διαγραφόμενο από τις διατάξεις του άρθρου 57 παρ. 1, 4 και 6 της ως άνω οδηγίας σκοπό, να λαμβάνει, δηλαδή, η αναθέτουσα αρχή (ή φορέας) πλήρη γνώση όλων των αναγκαίων στοιχείων για την εκφορά της κρίσης της περί της συνδρομής ή μη του λόγου αποκλεισμού του διαγωνιζομένου στο κατάλληλο στάδιο του διαγωνισμού. Με τον τρόπο αυτόν διασφαλίζεται η αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων, ενώ ταυτόχρονα παρέχεται σε όλους τους υποψηφίους, με ίσους όρους, η δυνατότητα να θέσουν υπ' όψιν της αναθέτουσας αρχής (ή φορέα) όλα τα στοιχεία, τα οποία, κατά την άποψή τους, αίρουν τον λόγο αποκλεισμού (πρβλ. Δ.Ε.Ε. απόφαση της 3-10-2019, Delta κλπ., C-267/18, EU:C:2019:826, σκ. 36). Εφ' όσον δε κρίσιμος, κατά τα ανωτέρω, χρόνος για τον εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (ή φορέα) έλεγχο και διαπίστωση της συνδρομής ή μη του λόγου αποκλεισμού του άρθρου 22 παρ. 22.Α.4 (γ) της διακήρυξης στο πρόσωπο του διαγωνιζομένου (συμμετοχή σε συμφωνίες με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού), κατ' εκτίμηση των παρατιθέμενων υπ' αυτού στοιχείων, είναι ο χρόνος υποβολής του, αυτός είναι και ο κρίσιμος χρόνος γενέσεως του, διαφορετικού και

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

αυτοτελούς, λόγου αποκλεισμού λόγω υποβολής ψευδούς δηλώσεως δια του (άρθρο 73 παρ. 4 περ. ζ' ν.4412/2016 και όρος 22. Α 4 περ. γ' της διακήρυξης). Και τούτο, διότι κατά τον χρόνο υποβολής του εκδηλώνεται η συμπεριφορά του διαγωνιζόμενου, η οποία συνιστά τον ως άνω αυτοτελή λόγο αποκλεισμού λόγω ψευδούς δηλώσεως, η οποία δεν δύναται να αναιρεθεί μεταγενεστέρως, με την παροχή συμπληρωματικών στοιχείων ή διευκρινίσεων σχετικώς με τους λόγους, οι οποίοι τον οδήγησαν στη συμπεριφορά αυτήν. Τα μεταγενεστέρως υποβαλλόμενα στοιχεία, ακόμη και αν ήταν ικανά να άρουν την συνδρομή του κατά το άρθρο 22 παρ. 22.Α.4 (γ) της διακηρύξεως ανωτέρω λόγου αποκλεισμού, δεν αίρουν πάντως την συνδρομή του λόγου αποκλεισμού ο οποίος συνίσταται [κατά τα άρθρα 4 παρ. 4.2 (δ) και 22 παρ. 22.Α.4 (γ) της διακηρύξεως] στην ανακριβή δήλωση και απόκρυψη (δια του) των σχετικών με τον προαναφερθέντα λόγο [άρθρο 22 παρ. 22.Α.4 (στ) της διακηρύξεως] στοιχείων, αναγκαίων για τη διαμόρφωση της κρίσεως της αναθέτουσας αρχής (ή φορέα) στον κρίσιμο χρόνο υποβολής του (ΣτΕ 753/2020, σκέψη 11 - 754/2020, σκέψη 13- ΣτΕ Ε.Α. 23/2020, σκέψη 17). 28. Ούτε, βεβαίως, η προβολή της νομικής άποψης της προσφεύγουσας ως προς την έννοια και ερμηνεία των ως άνω διατάξεων και όρων, στερεί την αρμοδιότητα από τον αναθέτοντα φορέα να αποφανθεί για την συνδρομή του λόγου αποκλεισμού, ο οποίος γεννάται εκ της υποβολής της ανακριβούς δηλώσεως, ως κατωτέρω αναλυτικώς αναπτύσσεται (ΣτΕ 754/2020, σκέψη 15). 29. Η Επιτροπή Ανταγωνισμού, με την υπ' αριθμόν 642/2017 απόφασή της (ΦΕΚ 3104 Β' της 8.9.2017), εκδοθείσα, μεταξύ άλλων, και κατά της "...", διαπίστωσε, ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας υπέπεσε σε σύμπραξη με άλλους οικονομικούς φορείς σε ενιαία και διαρκή παράβαση του άρθρου 1 ν.703/1977 (Α' 278) και του άρθρου 1 ν.3959/2011 (Α' 93), καθώς και των άρθρων πρώην 85 (ήδη 81) της Συνθήκης για την ίδρυση της Ευρωπαϊκής Κοινότητας και 101 της Συνθήκης για την Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ενώσεως, λόγω του ότι όπως, άλλωστε, και οι ίδιες το αποδέχθηκαν, είχαν συμμετάσχει σε απαγορευμένη οριζόντια σύμπραξη περί κατανομής των αγορών και νοθεύσεως των διαγωνισμών δημοσίων έργων και συγκεκριμένα η "...» κατά την περίοδο από 11.5.2005 έως 26.11.2012. Οι

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

συμφωνίες των εμπλεκομένων εταιρειών αφορούσαν δημοπρατήσεις εκ μέρους διαφόρων φορέων του δημόσιου τομέα για την κατασκευή μιας σειράς έργων οδοποιίας και συγκοινωνιακών έργων (μετρό, σιδηροδρομικών, λιμένων και αεροδρομίων), Κατόπιν τούτου, όπως έκρινε και η 754/2020 ΣτΕ επί άλλου διαγωνισμού της με ταυτόσημους (όπως συνομολογεί και η προσφεύγουσα) με τον επίμαχο όρους και απαιτήσεις, στον οποίο συμμετείχε, επίσης, η «....», συντρέχει κατά τον νόμο και την διακήρυξη λόγος αποκλεισμού της προσφεύγουσας “...”, αφ’ ενός μεν διότι υφίσταται απόδειξη -και όχι απλώς ένδειξη- ότι συνήψε συμφωνίες με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού [άρθρ. 73 παρ. 4 περ. (γ) ν.4412 και όρος 22 παρ. 22.A.4 (στ) της διακηρύξεως], αφ’ ετέρου δε, διότι προέβη και στον παρόντα διαγωνισμό σε ψευδή δήλωση, αφού απήντησε «ΟΧΙ» στο σχετικό ερώτημα του υποβληθέντος υπ’ αυτής στην, στο πλαίσιο του επίμαχου διαγωνισμού, Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Συμβάσεως (....) και, έτσι, παραβίασε και το άρθρ. 73 παρ. 4 περ. (ζ) ν. 4412 και τον όρο 22 παρ. 22.A.4 (γ) της διακηρύξεως και συνεπώς συντρέχει στο πρόσωπό της και ο συναφής και αυτοτελής λόγος αποκλεισμού, αφού δήλωσε ψευδώς αρνητικώς και απέκρυψε πληροφορίες, οι οποίες απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας λόγων αποκλεισμού. Προς τούτο, η, κατά τα διαλαμβανόμενα προς αντίκρουση των α’ και β’ λόγων της προσφυγής, έλαβε νομίμως την προσβαλλόμενη απόφαση. 30. Επειδή, ενόψει των σχετικών αντίθετων ισχυρισμών της προσφεύγουσας, περί εσφαλμένης δήθεν ερμηνείας και εφαρμογής υπό της προσβαλλομένης αποφάσεως της διατάξεως της παραγράφου 1 του άρθρου 79 του ν.4412/2016, όπως η παράγραφος 1 συμπληρώθηκε και τροποποιήθηκε με την διάταξη της παρ.5 του άρθρου 235 του ν. 4635/2019, τονίζουμε ότι οι τροποποιήσεις που επέφερε ο νόμος 4635, αναφορικά με προηγούμενες αρνητικές απαντήσεις στο σχετικό ερώτημα του έχουν εφαρμογή μόνον σε διαγωνισμούς, των οποίων οι διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης, είτε εκκινούν μετά τη θέση σε ισχύ της διάταξης της παρ.5 του άρθρου 235 του νόμου αυτού (ήτοι από τη δημοσίευση στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως την 30-10-2019 –ΦΕΚ Α’167- άρθρο 241 του νόμου), είτε έχουν εκκινήσει νωρίτερα αλλά δεν έχει ακόμη

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

συμπληρωθεί και υποβληθεί το Όμως, η περίπτωση αυτή δεν συντρέχει εν προκειμένω, διότι, όπως προκύπτει από τα πραγματικά περιστατικά της κρίση ενώπιον Σας υποθέσεως, η διαδικασία συμπλήρωσης και υποβολής του επίμαχου της προσφεύγουσας είχε ολοκληρωθεί ήδη από την 09.10.2018, οπότε και το υπέβαλε με την προσφορά της, ήτοι σε χρόνο κατά πολύ προγενέστερο της δημοσιεύσεως του ν.4635/2019, ο οποίος έθεσε σε εφαρμογή τις νέες διατάξεις και κατά συνέπεια, πρέπει να θεωρείται δεδομένο ότι η περιληφθείσα στο αρνητική δήλωσή της περί μη συμμετοχής σε διαδικασίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού, κρίνεται υπό το φως του προϊσχύσαντος νομοθετικού καθεστώτος (Α.Ε.Π.Π. 1334/2019, σκ. 22) και, επομένως τα αντίθετα υποστηριζόμενα από την προσφεύγουσα τυγχάνουν παντελώς αβάσιμα και απορριπτά. δ) Επί του ε' λόγου της προσφυγής (ο οποίος αναφέρεται στην σελίδα 32 επ. – παρ. 56-68 αυτής, ως δ'): «Η απόφαση ΣτΕ 754/2020 δεν αναπτύσσει δεδρασμένο – Η προσφορά της εταιρείας μας είναι νόμιμη». 31. Η προσφεύγουσα βάλλει ουσιαστικώς κατά των κρίσεων της υπ' αριθμόν 754/2020 αποφάσεως του Συμβουλίου της Επικρατείας (Δ' Τμήμα), η οποία αφορά μεν σε άλλον διαγωνισμό, πλην, όμως, η διακήρυξη του Διαγωνισμού, επί του οποίου εξεδόθη η εν λόγω απόφαση, έχει όμοιο και ταυτόσημο περιεχόμενο με την Διακήρυξη του παρόντος Διαγωνισμού και κατά συνέπεια τα κριτήρια επιλογής και οι αντίστοιχοι λόγοι αποκλεισμού των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων είναι ίδιοι και στους δύο αυτούς διαγωνισμούς, ενώ, περαιτέρω, τα πραγματικά περιστατικά, που θεμελιώνουν την ύπαρξη του αυτοτελούς λόγου αποκλεισμού, συνεπεία αντικειμενικώς ανακριβούς δηλώσεως είναι κοινά. Η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή απλώς επαναφέρει και επαναδιατυπώνει τις απόψεις της, όπως αυτές υπεβλήθησαν κατά την εξέταση της αιτήσεως ακυρώσεως, επί της οποίας εκδόθηκε η ως άνω απόφαση του ΣτΕ και η οποία αφορά στον άλλο όμοιο διαγωνισμό (Α.Δ), όπως προαναφέρεται –παρ.12-14. Άπαντες, όμως, οι ισχυρισμοί αυτοί της προσφεύγουσας έχουν κριθεί και απορριφθεί ως αβάσιμοι με την ως άνω απόφαση (754/2020) του ΣτΕ. (ίδ. σχετικώς την από 02-12-2019 παρέμβαση της προσφευγούσης και το από 23-12-2019 υπόμνημά της ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας). 32. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα,

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

προκειμένου να αντικρούσει τα ως άνω πραγματικά περιστατικά, εκτός των άλλων, προβάλλει, όπως έπραξε, εξάλλου, και ενώπιον του ΣτΕ επί της υποθέσεως, επί της οποίας εκδόθηκε η ως άνω υπ' αριθ. 754/2020 απόφαση – η οποία και απέρριψε ολοσχερώς τους εν λόγω ισχυρισμούς- ότι υπελάμβανε και είχε εδραιωμένη πεποίθηση, ότι η κατά τον νόμο και την διακήρυξη έννοια των «συμφωνιών», τις οποίες ο οικονομικός φορέας συνήψε με άλλους οικονομικούς φορείς «με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού», δεν καταλαμβάνει τέτοιες συμφωνίες, συναφθείσες κατά το παρελθόν, στο πλαίσιο διαδικασιών αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων, διαφορετικών από την εν προκειμένω ευρισκόμενη σε εξέλιξη και ότι, αντιθέτως, η διάταξη του άρθρ. 73 παρ. 4 περ. (γ) ν. 4412 αφορά και αναφέρεται – συμφώνως προς την υπ' αριθ. 1082/2018 ΑΕΠΠ, η οποία, όμως, ανειράπη με την ΕΑ ΣτΕ 40/2019- αποκλειστικώς στη διαδικασία αναθέσεως, για την οποία προσφεύγει ο συμμετέχων οικονομικός φορέας. 33. Ο ως άνω, όμως, ισχυρισμός περί δικαιολογημένης διαφορετικής νομικής ερμηνείας υπ' αυτής της προαναφερομένης διατάξεως τυγχάνει και αυτός αβάσιμος, όπως κρίθηκε και με την υπ' αριθ. 40/2019 Ε.Α. ΣτΕ. Και τούτο, διότι, όπως συνάγεται από το όλο σύστημα ρυθμίσεών τους, τόσο η Οδηγία (βλ. ιδίως σκ. 101 και 102 του προοιμίου της), όσο και ο νόμος 4412/2016 και η προαναφερθείσα διακήρυξη αποσκοπούν να αποτρέψουν την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων σε οικονομικούς φορείς αμφιβόλου αξιοπιστίας και ακεραιότητας. Η διαπίστωση της αξιοπιστίας και ακεραιότητας του οικονομικού φορέως προϋποθέτει γνώση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής της συνολικής συμπεριφοράς αυτού σε σχέση με τη σύναψη συμφωνιών, στρεβλωτικών του ανταγωνισμού, διαχρονικώς και όχι μόνον στο πλαίσιο του τρέχοντος εκάστοτε διαγωνισμού. Για τον λόγο, άλλωστε, αυτόν παρέχεται στην Αρχή η εξουσία να στηριχθεί, όχι μόνον σε διαπιστώσεις σχετικά με την συμπεριφορά του οικονομικού φορέως, αλλά και σε “επαρκώς εύλογες ενδείξεις”, οι οποίες οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο εν λόγω φορέας συνήψε τέτοιες συμφωνίες στο παρελθόν. Η ερμηνεία αυτή προκύπτει, άλλωστε, σαφώς και από την απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ενώσεως της 24.10.2018 επί της υποθέσεως C-124/17, (Vossloh Laeis GmbH

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

κατά Stadtwerke MOnchen GmbH), η οποία, εφ' όσον επέλυσε το ζήτημα του χρονικού σημείου ενάρξεως της προβλεπόμενης από το τελευταίο εδάφιο του άρθρου 56 παρ. 7 της Οδηγίας 2014/24 προθεσμίας (χρόνος εκδόσεως της σχετικής αποφάσεως της αρμόδιας Αρχής και όχι χρόνος συντελέσεως της παραβάσεως), έχει προδήλως δεχθεί, εν όψει του πραγματικού εκείνης της υποθέσεως το λογικώς προαπαιτούμενο, ότι δηλαδή το άρθρο 57 παρ. 4 περ. (δ) της Οδηγίας 2014/24 αναφέρεται σε συμφωνίες στρεβλώσεως του ανταγωνισμού, οι οποίες έχουν συναφθεί σε χρόνο προγενέστερο της επιμάχου διαδικασίας αναθέσεως και ασυνδέτως προς αυτήν. Αντίθετη εκδοχή, συμφώνως προς την οποία το άρθρο 57 παρ. 4 περ. (δ) της Οδηγίας αναφέρεται σε συμφωνίες στρεβλώσεως του ανταγωνισμού, οι οποίες έχουν συναφθεί αποκλειστικώς στο πλαίσιο του εκάστοτε τρέχοντος διαγωνισμού, υπολαμβάνει το άτοπο, ότι δηλαδή ο υποβαλών προσφορά για συμμετοχή σε διαγωνιστική διαδικασία οικονομικός φορέας καλείται να παραδεχθεί ταυτοχρόνως, ότι συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού του από την συγκεκριμένη διαδικασία και δη λόγος ανεπίδεκτος θεραπείας, αφού δεν νοείται στο πλαίσιο της διαδικασίας αυτής η εκ μέρους του φορέως επίκληση των προβλεπομένων από το άρθρον 57 της Οδηγίας 2014/24 (παράγραφοι 7 και 6, πρώτα εδάφια) περιστάσεων άρσεως του συγκεκριμένου λόγου αποκλεισμού (λ.χ. λήψη μέτρων αυτοκαθάρσεως, πάροδος τριετίας κ.λ.π.). 34. Επειδή, προς τούτοις, η γέννηση του ως άνω λόγου αποκλεισμού, στην περίπτωση, κατά την οποία η ανακριβής δήλωση του διαγωνιζομένου δια του αφορά στη συμμετοχή του σε αντανταγωνιστικές συμπράξεις, δεν εμποδίζεται από το γεγονός ότι μπορεί να συντρέχει λόγος απαλλαγής του από τις διοικητικές συνέπειες της παραβάσεως των κανόνων του ελεύθερου ανταγωνισμού για τον λόγο ότι έχει υπαχθεί σε καθεστώς «επιείκειας» ή σε διαδικασία «διευθετήσεως διαφοράς», συμφώνως προς τις διατάξεις των άρθρων 25 παρ. 8, 25α και 44 παρ. 3 του ν. 3959/2011 (Α' 93), ως ίσχυαν κατά τον κρίσιμο χρόνο. Και τούτο, διότι τυχόν απαλλαγή από τις εν λόγω συνέπειες, ανεξαρτήτως του κατά τις ως άνω διατάξεις ειδικότερου περιεχομένου της, δεν καταργεί πάντως την, κατά τα προεκτεθέντα, ειδική υποχρέωση του οικονομικού φορέως, η οποία απορρέει

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

από την διακήρυξη του παρόντος διαγωνισμού, να δηλώσει με ακρίβεια στον αναθέτοντα φορέα, ως έχοντα την αποκλειστική αρμοδιότητα ελέγχου για την τυχόν συνδρομή λόγων αποκλεισμού (βλ. Δ.Ε.Ε. απόφαση της 19.6.2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, σκ. 28), την κατάστασή του σε σχέση με τον προβλεπόμενο στο άρθρο 57 παρ. 4 περ. δ΄ της Οδηγίας 2014/24 [και τα άρθρα 73 παρ. 4 περ. γ΄ του ν. 4412/2016 και 19.1.3 (γ) της διακηρύξεως] λόγο, ούτε αίρει τις συνέπειες της υποβολής τυχόν ανακριβούς δηλώσεως. (περί των ανωτέρω ΣτΕ 753/2020, σκέψη 12, 754/2020, σκέψη 14)».

9. Επειδή, με τους όρους της οικείας διακήρυξης προβλέπονται τα εξής: Στο άρθρο 22.Α. με τίτλο «Λόγοι αποκλεισμού» ότι: «Κάθε προσφέρων αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης, εφόσον συντρέχει στο πρόσωπό του (αν πρόκειται για μεμονωμένο φυσικό ή νομικό πρόσωπο) ή σε ένα από τα μέλη του (αν πρόκειται περί ένωσης οικονομικών φορέων) ένας από τους λόγους των παρακάτω περιπτώσεων: 22.Α.4. Αποκλείεται από τη συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης προσφέρων σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: (α) έχει αθετήσει τις υποχρεώσεις που προβλέπονται στην παρ. 2 του άρθρου 253 του ν.4412/2016, (β) (γ) εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατ' εφαρμογή του άρθρου 23 της παρούσας, (δ), (ε), (στ) υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. 22.Α.6. Ο αναθέτων φορέας αποκλείει οικονομικό φορέα σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, όταν αποδεικνύεται ότι αυτός βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διαδικασία, σε μία από τις περιπτώσεις των προηγούμενων παραγράφων. Εάν η περίοδος αποκλεισμού δεν έχει καθοριστεί με αμετάκλητη

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

απόφαση, στις περιπτώσεις της παραγράφου 22.A.1 η περίοδος αυτή ανέρχεται σε πέντε (5) έτη από την ημερομηνία της καταδίκης με αμετάκλητη απόφαση και στις περιπτώσεις της παραγράφου 22.A.4 στα τρία (3) έτη από την ημερομηνία του σχετικού γεγονότος». Στο άρθρο 23 με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής» ορίζεται ότι: « 23.1 Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (...), σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 22 Α της παρούσας, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 22 Β-Ε της παρούσας. Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, μπορεί να ζητηθεί από τους προσφέροντες να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά της επόμενης παραγράφου, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας. 23.2. Δικαιολογητικά (Αποδεικτικά μέσα) Το δικαίωμα συμμετοχής και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής, όπως ορίστηκαν στα άρθρα 21 και 22 της παρούσας, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (α έως δ) και κατά τη σύναψη της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 4.2 (ε) της παρούσας». Τέλος, στο άρθρο 23.3 με τίτλο «Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 Α» ορίζεται ότι: «Ο προσωρινός ανάδοχος, κατόπιν σχετικής ηλεκτρονικής πρόσκλησης από τον αναθέτοντα φορέα, υποβάλλει τα ακόλουθα δικαιολογητικά, κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 4.2 της παρούσας : Για την απόδειξη της μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22Α, ο προσωρινός ανάδοχος υποβάλλει αντίστοιχα τα παρακάτω δικαιολογητικά: (ε) Για τις λοιπές περιπτώσεις της παραγράφου Α.4 του άρθρου 22, υποβάλλεται υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του οι οριζόμενοι λόγοι αποκλεισμού.

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

10. Επειδή, το περιεχόμενο του - κατά τη διακήρυξη υποβλητέου από τους διαγωνιζομένους - Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (....) ρυθμίζεται (άρθρο 79 παρ. 3 ν.4412/2016) από τον εκτελεστικό Κανονισμό 2016/7 της Επιτροπής (L 3), εκδοθέντα βάσει της εξουσιοδότησεως η οποία παρέχεται από το άρθρο 59 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/24. Στο έντυπο του, Μέρος III («Λόγοι αποκλεισμού») Τμήμα Γ` («ΛΟΓΟΙ ΠΟΥ ΣΧΕΤΙΖΟΝΤΑΙ ΜΕ ΑΦΕΡΕΓΓΥΟΤΗΤΑ, ΣΥΓΚΡΟΥΣΗ ΣΥΜΦΕΡΟΝΤΩΝ Η ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΟ ΠΑΡΑΠΤΩΜΑ») διατυπώνονται οι σχετικές με την κριθείσα περίπτωση ερωτήσεις ως εξής: Εν πρώτοις τίθεται η ερώτηση «Έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού;» και επ' αυτής προσφέρονται μόνον οι απαντήσεις «ΝΑΙ» ή «ΟΧΙ». Περαιτέρω, τίθεται το ερώτημα «Εάν ναι, να αναφερθούν λεπτομερείς πληροφορίες» και προσφέρεται προς τούτο χώρος, όπου ο διαγωνιζόμενος συντάσσει την απάντησή του. Για την περίπτωση καταφατικής απάντησης στο προηγούμενο ερώτημα, τίθεται επί πλέον στον διαγωνιζόμενο και το ερώτημα: «Εάν ναι, έχει λάβει ο οικονομικός φορέας μέτρα αυτοκάθαρσης;», το οποίο επιδέχεται απάντηση μόνον «ΝΑΙ» ή «ΟΧΙ». Για δε την περίπτωση καταφατικής απάντησης και στο τελευταίο αυτό ερώτημα, τίθεται το ερώτημα «Εάν το έχει πράξει, περιγράψτε τα μέτρα που λήφθηκαν» και κατόπιν αυτού προσφέρεται και πάλι χώρος προς απάντηση, την οποίαν συντάσσει ο διαγωνιζόμενος.

11. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση Προσφυγής προβάλλεται ότι η έγκριση της κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας είναι μη νόμιμη, καθώς δεν αποφασίστηκε στο πλαίσιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Θα πρέπει να σημειωθεί σχετικά ότι μετά την έκδοση της υπ' αριθ. 1128 γνωμοδότησης του Τεχνικού Συμβουλίου της «....», ο αναθέτων φορέας εξέδωσε την υπ' αριθ. 3770/2020 (προσβαλλόμενη πράξη) για την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής σε βάρος της προσφεύγουσας, συμφώνως προς τις διατάξεις των παραγράφων 4.2(δ) του άρθρου 4, της παραγράφου 7.1 του άρθρου 7, της παραγράφου 15.4 του άρθρου 15, των παραγράφων 22.Α.4(γ) και (στ) και 22.Α.6 του άρθρου 22

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

και της παραγράφου 23.1(α) του άρθρου 23 της υπ' αριθμόν ... Διακηρύξεως, καθώς και των διατάξεων των άρθρων 79 παρ.1 & 5, 103 παρ.3, και 302 παρ.1(α) του ν.4412/2016, η οποία απόφαση εμπεριέχει οριστική προς τούτο κρίση και παραδεκτώως προσβάλλεται ως πράξη του προσυμβατικού σταδίου, ήτοι της διαγωνιστικής διαδικασίας που προηγείται της σύναψης σύμβασης και ως εκ τούτου εφαρμοστέες είναι πλέον και υπό το ισχύον δίκαιο οι διατάξεις του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016, συμπεριλαμβανομένων των άρθρων 346 και 360 επ. Ν. 4412/2016 περί άσκησης προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 608/2007 και 186/2011). Από τα πραγματικά περιστατικά της υπόθεσης, ναι μεν προκύπτει ότι ο αποκλεισμός της πρώτης προσφεύγουσας δεν έλαβε χώρα κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ώστε να εφαρμόζονται τα ορισθέντα κατ' άρθρο 103 του ν. 4412/2016 ως προς τις περιπτώσεις κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής της, όμως τούτο δεν αποκλείει την εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 302 του ν. 4412/2016, όπως άλλωστε έχει ήδη κριθεί με την απόφαση της ΑΕΠΠ 1113/2020. Ειδικότερα, κατά το γράμμα του άρθρου 302 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι: *«Η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει αν ο προσφέρων αποσύρει την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος αυτής, δεν προσκομίσει εγκαίρως τα προβλεπόμενα από τα έγγραφα της σύμβασης δικαιολογητικά ή δεν προσέλθει εγκαίρως για υπογραφή της σύμβασης ή αν παρέχει ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες, οι οποίες απαιτούνται από τους αναθέτοντες φορείς, σύμφωνα με την παράγραφο Ι του άρθρου 304 ή την παράγραφο 1 του άρθρου 305»* ενώ κατά το γράμμα του άρθρου 305 παρ. 1 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι: *«1. Οι αντικειμενικοί κανόνες, οι λόγοι αποκλεισμού και τα κριτήρια για την επιλογή των οικονομικών φορέων που υποβάλλουν αίτηση προεπιλογής σε ένα σύστημα προεπιλογής, καθώς και οι αντικειμενικοί κανόνες, οι λόγοι αποκλεισμού και τα κριτήρια για την επιλογή των υποψηφίων και των προσφερόντων σε ανοικτή διαδικασία, σε κλειστή διαδικασία, σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, σε ανταγωνιστικό διάλογο, σε σύμπραξη καινοτομίας, σε συνοπτικό διαγωνισμό ή σε απευθείας ανάθεση, μπορούν να περιλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού που παρατίθενται στο άρθρο 73, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που*

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

προβλέπονται σε αυτό. Όταν ένας αναθέτων φορέας είναι αναθέτουσα αρχή, οι εν λόγω κανόνες περιλαμβάνουν τους λόγους αποκλεισμού που απαριθμούνται στις παραγράφους 1 και 2 του άρθρου 73, με τους όρους και τις προϋποθέσεις που προβλέπονται στο εν λόγω άρθρο». Εκ των ως άνω διατάξεων συνάγεται σαφώς ότι η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει σε περίπτωση παροχής προς τον αναθέτοντα φορέα ψευδών πληροφοριών ως προς τη συνδρομή λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπο του διαγωνιζομένου, χωρίς η διαπίστωση τούτη να συγχέεται αποκλειστικά με το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Τούτο άλλωστε εξ' αντιδιαστολής συνάγεται και από τα οριζόμενα στο άρθρο 104 παρ. 2-3 του ν. 4412/2016 όπου προβλέπεται ότι: «2. Αν επέλθουν μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες οι προσφέροντες/υποψήφιοι είχαν δηλώσει ότι πληρούν, σύμφωνα με το άρθρο 79, οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση ο προσφέρων/υποψήφιος μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, οι προσφέροντες/υποψήφιοι οφείλουν να ενημερώσουν αμελλητί την αναθέτουσα αρχή σχετικά και το αργότερο μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών του άρθρου 80. 3. Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για οπιγενείς μεταβολές κατά την έννοια της προηγούμενης παραγράφου που επήλθαν στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου, δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με τις παραγράφους 4, 5 και 6 του άρθρου 72, και εφαρμόζονται κατά τα λοιπά οι διατάξεις των παραγράφων αυτών. Σε αντίθετη περίπτωση, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του προσωρινού αναδόχου, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 72» και αντιστοίχως από τον όρο 4.2.δ) της διακήρυξης όπου προβλέπεται ότι: «Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης του αναθέτοντα φορέα για μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες ο προσωρινός ανάδοχος είχε δηλώσει με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (...) ότι πληροί και οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση ο προσωρινός ανάδοχος μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

ειδοποίησης/πρόσκλησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης (οπιγενείς μεταβολές), δεν καταπίπτει υπέρ του αναθέτοντα φορέα η εγγύηση συμμετοχής του, που είχε προσκομισθεί, σύμφωνα με το άρθρο 15 της παρούσας». Ερμηνευόμενων των παραπάνω διατάξεων προκύπτει ότι, σε κάθε περίπτωση και πέραν του προσωρινού αναδόχου, υποχρέωση ενημέρωσης του αναθέτοντος φορέα περί των οπιγενών μεταβολών στο πρόσωπό τους έχουν κατ' αρχήν όλοι προσφέροντες/υποψήφιοι, για τους λοιπούς δε προσφέροντες (πέραν του προσωρινού αναδόχου) η αξιολόγηση της επέλευσης ή μη της επικαλούμενης εκ μέρους τους οπιγενούς μεταβολής είναι κρίσιμη ώστε ακόμα κι αν ένεκα της μεταβολής αυτής η προσφορά του εκάστοτε διαγωνιζομένου απορριφθεί σε πρότερα στάδια της διαδικασίας, να μην επέλθουν εις βάρος του περαιτέρω επιβαρυντικές συνέπειες ένεκα τυχόν κρίσεως περί ψευδούς δηλώσεως. Η ερμηνεία τούτη συμβαδίζει περαιτέρω με τις διατάξεις του άρθρου 302 όπου ορίζονται οι περιπτώσεις επιστροφής της εγγύησης συμμετοχής στους λοιπούς προσφέροντες και με τις ad hoc ρυθμίσεις του ίδιου άρθρου περί κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής του προσφέροντα που απέσυρε την προσφορά του κατά τη διάρκεια ισχύος της ή παρείχε ψευδή στοιχεία ή πληροφορίες. Θα πρέπει να σημειωθεί σχετικά ότι από τη διατύπωση του τελευταίου εδαφίου του άρθρου 302 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 δε προκύπτει, όπως αβάσιμα προβάλλει η προσφεύγουσα, ότι η κατάπτωση της εγγυητικής μπορεί να λάβει χώρα μόνο μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ενόψει των ανωτέρω, συνάγεται ότι καταπίπτει η εγγύηση συμμετοχής, ως κύρωση σε βάρος του διαγωνιζομένου, στο πρόσωπο του οποίου μεταβλήθηκαν οι προϋποθέσεις ως προς την συνδρομή λόγου αποκλεισμού, χωρίς να δηλώσει τούτο, σε στάδιο πριν ακόμα αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος. Κατόπιν των ανωτέρω, διαπιστώνεται ότι ο πρώτος λόγος της Προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

12. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο προβάλλεται ότι η εγγυητική επιστολή συμμετοχής καταπίπτει μόνο εφόσον η ψευδής δήλωση γίνεται με υπαιτιότητα του δηλούντος. Όπως έχει κριθεί συναφώς από το ΣΤΕ, (ΕΑ

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

40/2019, 237/2019, 279/2019, 23/2020) η απάντηση του οικονομικού φορέα στο συγκεκριμένο ερώτημα αφορά σε δήλωση πραγματικού γεγονότος και μόνον, συγκεκριμένα δε, αν αυτός συνήψε ή όχι σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο με άλλους οικονομικούς φορείς συμφωνίες που αποσκοπούσαν στην στρέβλωση του ανταγωνισμού. Αντίθετα, δεν είναι αντικείμενο του ερωτήματος αυτού η εκ μέρους του διαγωνιζομένου φορέα δήλωση, αν συντρέχει στο πρόσωπό του λόγος αποκλεισμού εξαιτίας του πραγματικού αυτού γεγονότος. Ειδικότερα, η υποχρέωση του προσφέροντα να δηλώσει στο τις επίμαχες συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού αφορά τόσο τη σύναψη των εν λόγω συμφωνιών όσο και τη διενέργεια έρευνας από την Επιτροπή Ανταγωνισμού σχετικά με τη σύναψή τους ως πραγματικά γεγονότα και δεν αίρεται η εν λόγω υποχρέωση από τυχόν εκτιμήσεις του προσφέροντος σχετικά με το αν η υπό εξέλιξη έρευνα θα καταλήξει στην απαλλαγή του, αναλόγως αν τα δηλούμενα πραγματικά περιστατικά συνιστούν, κατά νόμο, εύλογες ενδείξεις για τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ή αν συντρέχουν λόγοι άρσης του αποκλεισμού του (ΕΑ ΣΤΕ 40/2019,93/2020). Συνακόλουθα, απαντώντας αρνητικά στο ως άνω ερώτημα του, η προσφεύγουσα απέκρυψε πληροφορία που απαιτείτο για την εξακρίβωση της απουσίας νόμιμου λόγου αποκλεισμού στο πρόσωπό της, κατά παράβαση της περίπτωσης (γ) του άρθρου 22.Α.4. της Διακήρυξης. Ομοίως έχει κριθεί και από το ΔΕΕ, όπου επί της υπόθεσης C-267/18 (Delta κατά CNAIR) και ειδικότερα στη σκέψη 36 αυτής κρίθηκε ότι «[...] η εν λόγω κοινοπραξία έπρεπε να παράσχει ευθύς εξαρχής το σύνολο των πληροφοριών που θα μπορούσαν να αποδείξουν ότι ήταν εσφαλμένος ο χαρακτηρισμός της υπεργολαβίας και δεν είχε, επομένως, παραβεί τις υποχρεώσεις που υπείχε στο πλαίσιο της συμβάσεως 1 [...] Οι διευκρινίσεις αυτές θα μπορούσαν ειδικότερα να περιληφθούν στο τυποποιημένο έντυπο του ευρωπαϊκού ενιαίου εγγράφου προμήθειας που είναι προσαρτημένο στον εκτελεστικό κανονισμό 2016/7 [...]».

Λαμβανομένων υπόψη των παραδοχών της παρούσας σκέψης ως προς την υποχρέωση της προσφεύγουσας να δηλώσει στο τις επίμαχες συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού, ως πραγματικά γεγονότα, ανεξαιρέτως της δικής της εκτιμήσεως σχετικά με το εάν τα πραγματικά αυτά περιστατικά

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

συνιστούν, κατά νόμο, εύλογες ενδείξεις για τη συνδρομή λόγου αποκλεισμού ή όχι, όπως και της παραδοχής ότι η αρνητική απάντηση της προσφεύγουσας στο σχετικά με τη συμμετοχή της σε συμφωνίες με σκοπό την στρέβλωση του ανταγωνισμού συνιστά αντικειμενικώς ανακριβή δήλωση και θεμελιώνει τον αυτοτελή λόγο αποκλεισμού της περίπτωσης 22.A.4(γ) της διακήρυξης, απορρίπτονται ως αβάσιμοι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι για την κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής, υπό το άρθρο 302 του ν. 4412/2016, απαιτείται ο διαγωνιζόμενος να παρέχει ψευδή, δηλαδή συνειδητά και εν γνώσει του μη ανταποκρινόμενα στην αλήθεια, στοιχεία περί της μη συνδρομής στο πρόσωπό του λόγων αποκλεισμού. Και τούτο διότι η προσφεύγουσα όφειλε εξ'αρχής να δηλώσει όλα τα πραγματικά γεγονότα που σχετίζονται με την επίμαχη συμπεριφορά της, μη λαμβανομένης υπόψιν της υποκειμενικής κρίσεώς της περί του εάν αυτά επαρκούν για την θεμελίωση του επίμαχου λόγου αποκλεισμού (περίπτωση 22.A.4 στ' της διακήρυξης). Κατόπιν των ανωτέρω και ο δεύτερος λόγος της Προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

13. Επειδή, με τον τρίτο λόγο προβάλλεται ότι η παροχή ψευδών στοιχείων και πληροφοριών του άρθρου 302 του Ν. 4412/2016 ως λόγος κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, διακρίνεται και αντιπαραβάλλεται από την ανακριβή δήλωση του, με αποτέλεσμα η τελευταία να μην είναι δυνατό να οδηγήσει σε κατάπτωση της εγγύησης. Θα πρέπει να τονισθεί ότι ο ισχυρισμός αυτός της προσφεύγουσας είναι αβάσιμος και σε κάθε περίπτωση δεν ερείδεται στην απόφαση 754/2020 του ΣΤΕ, στην οποία αντιθέτως εναλλάσσονται αδιακρίτως οι νομικές έννοιες «παροχή ψευδών στοιχείων και πληροφοριών» και «ανακριβής δήλωση δια του», πάντα με σημείο αναφοράς τη διάταξη 22.A.4.(γ) της Διακήρυξης και τον αυτοτελή λόγο αποκλεισμού που εισάγει η εν λόγω διάταξη. Όσον αφορά την προβαλλόμενη από την προσφεύγουσα απαλλακτική διάταξη του άρθρου 104 παρ. 3 του Ν. 4412/2016, εν προκειμένω δεν τυγχάνει εφαρμοστέα, καθώς δεν πρόκειται για οψιγενείς μεταβολές, αλλά διαπιστώνεται παράλειψη της

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

προσφεύγουσας να δηλώσει γεγονότα που είχαν λάβει χώρα ήδη από την υποβολή της προσφοράς της (10.10.2018). Συνακόλουθα, και ο τρίτος λόγος της υπό κρίση Προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

14. Επειδή, με τον τέταρτο λόγο η προσφεύγουσα επικαλείται την τροποποίηση του άρθρου 44 παρ. 3 του Ν. 3959/2011 καθώς και των άρθρων 73 παρ. 4 περ. γ και 79 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, οι οποίες συντελέστηκαν με τις διατάξεις του άρθρου 235 του Ν. 4635/2019, επιχειρώντας να αντλήσει αναδρομικά ωφέλεια από τις εν λόγω τροποποιήσεις. Ειδικότερα, οι διατάξεις της παρ. 3β του άρθρου 44 του Ν. 3959/2011 προβλέπουν πλέον τα εξής: «3β. Εφόσον συντρέχει: α) υπαγωγή στο πρόγραμμα επιείκειας κατ' εφαρμογή της παραγράφου 8 του άρθρου 25 με πλήρη απαλλαγή του προστίμου ή με επιβολή μειωμένου προστίμου και ολοσχερή εξόφληση αυτού, ή β) υπαγωγή στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών του άρθρου 25α και ολοσχερής εξόφληση του προστίμου, επέρχεται πλήρης απαλλαγή της επιχείρησης και κάθε άλλου υπευθύνου προσώπου της παραγράφου 2(γ) του άρθρου 25 από κάθε είδους διοικητικές κυρώσεις. Στις ανωτέρω περιπτώσεις η διαπίστωση της σχετικής παράβασης δεν θεμελιώνει λόγο αποκλεισμού της επιχείρησης από διαγωνισμούς για δημόσιες συμβάσεις ή συμβάσεις παραχωρήσεων, με την εξαίρεση της κατ' επανάληψη παράβασης του άρθρου 1 ή του άρθρου 101 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης [...]». Επίσης, η περίπτωση γ) της παραγράφου 4 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 αντικαταστάθηκε ως εξής: «4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: [...] γ) εάν, με την επιφύλαξη της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του Ν. 3959/2011, η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού,». Τέλος, στην παράγραφο 1 του άρθρου 79 του Ν. 4412/2016 προστέθηκαν εδάφια ως εξής: «Κατά την απάντηση οικονομικού φορέα στο ερώτημα του ... ή άλλου

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης για τυχόν σύναψη συμφωνιών με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, η συνδρομή περιστάσεων, όπως η τριετής παραγραφή της παραγράφου 10 του άρθρου 73 ή η εφαρμογή της διάταξης της παραγράφου 3β του άρθρου 44 του ν. 3959/2011, αναλύεται στο σχετικό πεδίο που προβάλλει κατόπιν θετικής απάντησης, ενώ ισχύουν τα όσα αναφέρονται στο προηγούμενο εδάφιο για την προσκόμιση δικαιολογητικών. Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης δημόσιας σύμβασης, που είτε εκκινούν μετά τη θέση σε ισχύ της παρούσας διάταξης είτε έχουν εκκινήσει νωρίτερα αλλά δεν έχει ακόμη συμπληρωθεί και υποβληθεί στο, οι τυχόν προηγούμενες αρνητικές απαντήσεις στο ανωτέρω ερώτημα του ή άλλου αντίστοιχου εντύπου ή δήλωσης, από οικονομικούς φορείς οι οποίοι εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 44 παράγραφος 3β του Ν. 3959/2011, δεν στοιχειοθετούν τον λόγο αποκλεισμού του άρθρου 73 παράγραφος 4 περίπτωση ζ' ή/και θ' του παρόντος νόμου και δεν απαιτείται να δηλωθούν κατά τη συμπλήρωση του και κάθε αντίστοιχου εντύπου». Ο Ν. 4635/2019 δημοσιεύθηκε στο ΦΕΚ Α/167 στις 30.10.2019. Λαμβάνοντας υπόψη ότι ο νομοθέτης δεν προέβλεψε την αναδρομική ισχύ των προαναφερόμενων ευνοϊκών διατάξεων και για διαγωνιστικές διαδικασίες που είχαν εκκινήσει πριν τη θέση τους σε ισχύ αλλά κατά τις οποίες είχαν ήδη συμπληρωθεί και υποβληθεί τα, διαπιστώνεται ότι δεν προκύπτει η δυνατότητα άντλησης αναδρομικής ωφέλειας για την υπό κρίση περίπτωση. Σε κάθε περίπτωση, θα πρέπει να τονισθεί ότι ο συγκεκριμένος λόγος της υπό κρίση Προσφυγής δεν συνδέεται με την κατάρρευση της εγγύησης, αλλά με τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας από τη διαγωνιστική διαδικασία.

15. Επειδή, περαιτέρω η προσφεύγουσα προβάλλει ότι δεν υφίσταται κανένας δικαιολογητικός λόγος για την αλλαγή της στάσης της διοίκησης, αφού αφενός γνώριζε ήδη τις αποφάσεις της Επιτροπής Ανταγωνισμού και αφετέρου είχε αποφασίσει να ζητήσει μέτρα αυτοκάθαρσης, ενώ ούτε η με αριθμ. 754/2020 απόφαση του ΣτΕ δικαιολογεί τέτοια αλλαγή. Θα πρέπει ομοίως να τονισθεί ότι ο συγκεκριμένος λόγος της υπό κρίση Προσφυγής δεν συνδέεται με την

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

κατάπτωση της εγγύησης, αλλά με τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας από τη διαγωνιστική διαδικασία. Επιπροσθέτως, όπως κρίθηκε και με την ΑΕΠΠ 1045/2020, εφόσον οι περιστάσεις έκδοσης της 754/2020 ΣτΕ είναι όμοιες με τις περιστάσεις της υπό κρίση περίπτωσης καθώς και οι δύο ερείδονται στην παράλειψη του προσφέροντος να δηλώσει στο έναν εκ των λόγων αποκλεισμού, διαπιστώνεται ότι ορθώς ο αναθέτων φορέας έλαβε υπόψιν του τα κριθέντα με την ΣτΕ 754/2020, συμμορφούμενος ουσιαστικά με την εν συνόλω αναπτυχθείσα σχετικώς νομολογία του ΣτΕ επί του ζητήματος αυτού (ΕΑ 91/2020, 93/2020) και εφόσον ακόμα δεν είχε επέλθει η σύναψη της επίμαχης σύμβασης. Ούτε άλλωστε το γεγονός ότι ο αναθέτων φορέας κάλεσε την προσφεύγουσα να υποβάλλει επανορθωτικά μέτρα, αίρει την συνδρομή του λόγου αποκλεισμού που συνίσταται στην ανακριβή δήλωση και απόκρυψη δια του των σχετικών με τον λόγο αποκλεισμού της περ. γ. παρ. 22.Α.4 στοιχείων. Κατά συνέπεια, απορρίπτεται ως αβάσιμος ο ως άνω ισχυρισμός της προσφεύγουσας.

16. Επειδή, με τον τέταρτο λόγο η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η απόφαση 754/2020 δεν αναπτύσσει δεδικασμένο. Καταρχάς, θα πρέπει να τονισθεί ότι, όπως και στις σκέψεις 14-15 ανωτέρω, ο συγκεκριμένος λόγος της υπό κρίση Προσφυγής δεν συνέχεται με την κατάπτωση της εγγύησης, αλλά με τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας από τη διαγωνιστική διαδικασία. Σε κάθε περίπτωση όμως, όπως κρίθηκε και με την ΑΕΠΠ 1045/2020 καθώς και την ΑΕΠΠ 1114/2020, εφόσον οι περιστάσεις έκδοσης της 754/2020 ΣτΕ είναι όμοιες με τις περιστάσεις της υπό κρίση περίπτωσης καθώς και οι δύο ερείδονται στην παράλειψη του προσφέροντος να δηλώσει στο έναν εκ των λόγων αποκλεισμού, διαπιστώνεται ότι ορθώς ο αναθέτων φορέας έλαβε υπόψιν του τα κριθέντα με την ΣτΕ 754/2020, συμμορφούμενος ουσιαστικά με την εν συνόλω αναπτυχθείσα σχετικώς νομολογία του ΣτΕ επί του ζητήματος αυτού (ΕΑ 91/2020, 93/2020) και εφόσον ακόμα δεν είχε επέλθει η σύναψη της επίμαχης σύμβασης. Επίσης, αναφορικά με τον ισχυρισμό της προσφεύγουσας ότι σε κάθε περίπτωση ο αναθέτων φορέας όφειλε, κατά τα γενόμενα δεκτά

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

στην C-267/2018 ΔΕΕ, να καλέσει αυτήν εκ νέου να υποβάλει ληφθέντα επανορθωτικά μέτρα πριν την απόρριψη της προσφοράς της, διατυπώνονται τα εξής: Εκ των όρων της Διακήρυξης προκύπτει ότι η ανακριβής δήλωση του διαγωνιζομένου σχετικά με τη (μη) συνδρομή λόγων αποκλεισμού, η οποία περιλαμβάνεται στο υποβαλλόμενο με την προσφορά του, έχει αναχθεί από τον αναθέτοντα φορέα σε αυτοτελή λόγο αποκλεισμού. Τα δε επανορθωτικά μέτρα σχετικά με την συνδρομή του κατά την περ. στ' της παραγράφου 22.Α.4. της Διακήρυξης λόγου αποκλεισμού (σύναψη συμφωνιών με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού) δεν αίρουν πάντως την συνδρομή του κατά την περ. γ' της παραγράφου 22.Α.4. της διακήρυξης λόγου αποκλεισμού (υποβολής ανακριβούς δήλωσης) (ΕΑ ΣΤΕ 91/2020). Άλλωστε, ακόμα και στην ειδική περίπτωση κατά την οποία το συνιστών τον λόγο αποκλεισμού γεγονός, δηλαδή η σύναψη συμφωνιών με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού, λαμβάνει χώρα μετά την υποβολή του, ο διαγωνιζόμενος υποχρεούται να δηλώσει τούτο «αμελλητί», κατ'άρθρο 104 παρ. 2 του ν. 4412/2016, και ταυτόχρονα να επικαλεσθεί τυχόν ληφθέντα μέτρα προς αποκατάσταση της αξιοπιστίας του. Άλλωστε, με την εν λόγω κρίση η ΕΑ 91/202020 ανέστειλε την 480/2020 απόφαση της ΑΕΠΠ κατά το μέρος που είχε κάνει δεκτή την προσφυγή της προσφεύγουσας επί τη βάσει της C-267/2018. Εν συνεχεία δε η κρίση αυτή της ΕΑ διατυπώθηκε και με την 93/2020. Ενόψει των ανωτέρω, απορρίπτονται ως αβάσιμοι οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας.

17. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί.

18. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, ποσού 15.000,00 ευρώ, που κατέθεσε η προσφεύγουσα, πρέπει να καταπέσει.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου, ποσού 15.000,00 ευρώ.

Αριθμός απόφασης: 1161 / 2020

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 07.09.2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 22.09.2020.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία-Ελένη Σιδέρη

Γεωργία Δούγκα